Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. F. Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. K. Cosack, Professor in Berlin, Dr. E. Eck, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. O. F. Gierke, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. R. Koch, Vizepräsident des Reichsbankdirektoriums, Dr. J. Krech, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. F. E. von Liszt, Professor in Marburg, E. Meischeider, Reichsgerichtsrath, Dr. J. Petersen, Reichsgerichtsrath, Dr. R. Schröder, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. L. Seuffert, Professor in Würzburg, F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. E. Zitelmann, Professor in Bonn,

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg,

und

O. Fischer, Professor in Greifswald.

Sechstes Heft:

O. Fischer, Recht und Rechtsschutz.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Recht und Rechtsschutz

Eine Erörterung der Grenzgebiete

zwischen

Privatrecht und Civilprozeß

in Beziehung auf den

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Otto Fischer,

Professor der Rechte in Greifswald.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Grenze zwischen dem Privatrechtsbuch und der Gerichtsordnung.

§ 2. 1. Die Grundlagen 5
§ 3. 2. Allgemeiner Theil 17
§ 4. 3. Recht der Schuldverhältnisse 34
§ 5. 4. Sachenrecht 42
§ 6. 5. Familienrecht 50
§ 7. 6. Erbrecht 59

II. Grundbegriffe.

§ 8. 1. Anspruch oder Forderung? 64
§ 9. 2. Einrede oder Gegenrecht? 94

III. Einzelne Institute des Grenzgebiets.

§ 10. 1. Verjährung 117
§ 11. 2. Rechtskraft 135

§ 12. Schlußwort 140

Einleitung.[1]

§ 1.

Am Schlusse des Vorwortes zu der amtlichen Ausgabe des Entwurfes ist es als willkommen bezeichnet, wenn die Vertreter der Rechtswissenschaft und die zur Rechtspflege Berufenen mit ihren Urtheilen und Vorschlägen zur Verwerthung für die weitere Beschlußfassung über den Entwurf hervortreten. Diesem Wunsche nachkommend, wollen die nachfolgenden Bemerkungen in bescheidenen Grenzen dazu beitragen, die praktische Brauchbarkeit des künftigen deutschen Privatrechtsbuches zu fördern.

Daß dieselben gleichwohl größtentheils theoretische Ausführungen enthalten, wird nur dem zum Anstoß gereichen, welcher Theorie und Praxis als einander fremde Dinge ansieht.

Die nachstehenden Erörterungen bewegen sich auf dem Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozeß. Eine nicht befriedigende Kodifizirung dieses Gebietes würde nicht nur die künftige Errungenschaft eines gemeinsamen Privatrechtes in ihrem Werthe herabmindern, sondern es könnte uns auch ein nun bald zehnjähriger Besitz, das einheitliche Prozeßrecht, zerstört oder beeinträchtigt werden.

Mit Rücksicht auf diese Erwägung soll im Folgenden zunächst geprüft werden, ob der Entwurf des Privatrechtsbuches die richtige Grenze gegenüber dem Prozeßrechte innegehalten hat. In zweiter Linie sollen die wichtigsten Grundbegriffe und Kunstausdrücke, welche für diese Rechtsmaterie in Frage kommen, in Bezug auf ihre Richtigkeit, Klarheit und Brauchbarkeit untersucht werden.

---

[1]) Im Folgenden werden zitirt: Krech und Fischer, Kommentar zu dem preußischen Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, mit: „Krech u. Fischer, Zw. O.“, Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, mit: „pr. P.“, und Fischer, über Wachs Handbuch des Civilprozesses, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 10 S. 406 ff., mit: „Zeitschr.“ Wiederholungen der in diesen Schriften gegebenen näheren Ausführungen werden nach Möglichkeit vermieden.

Es wird sich schon dabei die Gelegenheit zu manchen Ausblicken auf Einzelfragen, namentlich auch auf den Inhalt einzelner Bestimmungen, ergeben. In einem Schlußabschnitt folgen Erörterungen über zwei wichtige, dem Grenzgebiet angehörige Rechtsinstitute.

Zuvor einige Worte über die Methode der Gesetzgebung, welche hier als die richtige betrachtet wird, und über das sich demnach ergebende Verhältniß der Gesetzgebung zur juristischen Theorie.

Die Römer[1]) stellten der Gesetzgebung zwei große Ziele hin: Die aequitas rei, also die Anpassung des Gesetzes an die gegenwärtigen wirthschaftlichen Bedürfnisse und an die Anforderungen der Ethik, die gerechte und zweckmäßige Berücksichtigung der in Betracht kommenden privaten und öffentlichen Interessen, und die elegantia iuris, d. h. den Aufbau des Gesetzes auf klare Grundprinzipien, eine durchsichtige Systematik und eine möglichst einfache, scharfe und klare Formulirung der einzelnen Normen. Es handelt sich dabei aber nicht um zwei völlig gleichberechtigt nebeneinander stehende Gesichtspunkte. In erster Linie ist der Gesetzesinhalt zu fixiren. Bei dieser Aufgabe kommt auf die aequitas rei Alles an, auf die elegantia iuris aber gar nichts. In dieser Hinsicht haben überhaupt die Juristen nicht das alleinige oder ausschlaggebende Wort zu sprechen. Es müssen die weiten Kreise der Interessenten und derjenigen gehört werden, welche nach dem Zweige der von ihnen vertretenen Wissenschaft oder Kunst oder in Folge des von ihnen betriebenen Gewerbes oder anderen Lebensberufes besonders geeignet erscheinen, in den verschiedenen in Betracht kommenden Fragen ein sachverständiges Urtheil abzugeben.

Es wird also z. B. die Regelung der Konzeptionsfrist nicht auf Grund des römischen Rechtes und seiner Gewährsmänner, Hippokrates und Galenus, sondern nach dem heutigen Stande der physiologischen bez. gynäkologischen Wissenschaft erfolgen müssen.[2])

Daneben werden freilich auch die praktische Erfahrung in der Rechtspflege und die theoretische Rechtsarbeit, insbesondere Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsphilosophie ihr Theil zur Lösung der Aufgabe beizutragen haben.

Ob der so gefundene Inhalt in ein bestimmtes System oder zu einer bestimmten Doktrin paßt, ist zunächst ganz gleichgültig. Wollte

---

[1]) Vergl. z. B. Gajus, instit. I. § 84: divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus etc. — Damit soll aber nicht behauptet sein, daß bei den Römern stets das richtige Verhältniß zwischen der Rechtskonsequenz und der utilitas geherrscht habe.

[2]) Vergl. Olshausen in dem Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 8 S. 320 ff.

man die juristische Konsequenz der aequitas vorziehen, einer als billig erkannten Regel die Ausnahme in das Gesetzbuch deshalb versagen, weil sie zum System nicht passe, so käme man zu einem summum ius, welches mit summa iniuria bekanntlich identisch ist. Daraus ergibt sich zugleich, daß es ein gesetzgeberischer Fehler sein würde, wenn man vor Festsetzung des Inhaltes der Normen für bestimmte Systeme oder Theorien sich entscheiden oder gar irgend ein Lehrbuch zum Muster der Gestaltung nehmen wollte.[1])

Erst bei der zweiten Aufgabe der Gesetzgebung, der Gesetzesformulirung, handelt es sich darum, dem Streben nach der elegantia iuris sein Recht werden zu lassen. Und hier ist die Lösung vorzugsweise von der technischen Fertigkeit und der theoretischen Durchbildung des Juristen zu erwarten, dem freilich der Beirath des Logikers und des Sprachkundigen nicht fehlen dürfte. Hier müssen die in neuerer Zeit gemachten Fortschritte der Gesetzgebungskunst, welche sich in verschiedenen deutschen Gesetzeswerken bereits glänzend bewährt haben, benutzt werden, so daß schon die äußere Erscheinung des Gesetzes zeigt, daß seine Redakteure Meister der modernen Gesetzestechnik waren. In der Gesetzesformulirung muß vorzugsweise der Unterschied von den Kodifikationen zu Anfang dieses Jahrhunderts vortheilhaft in die Erscheinung treten. Denn bei aller sonstigen Vortrefflichkeit mußte es diesen Gesetzeswerken nothwendig nachtheilig sein, daß zu ihrer Zeit die Methode der Gesetzgebung noch fast gar nicht erforscht war.

Die Fassung der einzelnen Norm muß abhängen von ihrer Stellung im System, auf dessen äußere Abgrenzung und innere Durchbildung deshalb die bestmöglichste Sorgfalt zu verwenden ist. Je nachdem wird sie als des besonderen Ausdruckes bedürftige oder nicht bedürftige Konsequenz einer allgemeinen Regel oder als Ausnahme von einer solchen in die Erscheinung treten.[2]) Vor Allem ist Klarheit in den Grundbegriffen die nothwendige Voraussetzung dieser Seite der Gesetzgebungskunst. Damit ist freilich nicht gesagt, daß der Gesetzgeber das Rechtsbuch mit möglichst vielen Definitionen auszustatten hätte. Im Gegentheil,

---

[1]) Die Gesetzgebungsfrage z. B., ob ein auf Kündigung stehendes Darlehen sofort oder erst nach erfolgter Kündigung zu verjähren beginnen soll, ist nicht nach der Stellung der Gesetzgebung zu einer bestimmten Verjährungstheorie, sondern lediglich nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu entscheiden.

[2]) So wird z. B. die eben erwähnte Regel, daß die Verjährung von Darlehen schon vor der Kündigung beginne, als Ausnahme oder als Konsequenz zu formuliren bez. zu betrachten sein, je nachdem die allgemeine Regel über den Beginn der Verjährung gefaßt ist.

die römische Warnung vor der Definition ist noch heute zu beherzigen.[1]) Aber es ist dafür zu sorgen, daß die gegebenen Definitionen auch wirklich zutreffen, daß nicht das Gesetz selbst nachher das definirte Wort in einer ganz anderen Bedeutung gebraucht. Und es ist namentlich dahin zu streben, daß sich auch für die nicht definirten Worte ein klarer Sinn ergibt, und jede die praktische Brauchbarkeit beeinträchtigende Zweideutigkeit vermieden wird.

Mit der Forderung eines theoretischen Ausgangspunktes für die gesetzgeberische Formulirung ist auch nicht gesagt, daß der Gesetzgeber zu den die Theorie bewegenden, noch nicht abgeschlossenen Streitigkeiten, insbesondere zu den Konstruktionsfragen, stets bestimmte Stellung zu nehmen oder gar eine bestimmte Theorie gesetzlich zu sanktioniren hätte. Die Konstruktion ist Sache der Wissenschaft. Dieselbe hat freilich, wenn ihre Konstruktionen von Werth sein sollen, von einem bestimmten positiven Rechte auszugehen, sie befindet sich insofern in Abhängigkeit von den Normen dieses Rechtes. Aber sie ist an die in dem Gesetzeswerke zum Ausdruck gebrachten Theorien keineswegs gebunden.[2]) Der Gesetzgeber darf sich hier nicht einmischen. Eine Gesetzgebung, welche in dieser Beziehung übergreift, insbesondere die Konstruktionen eines Lehrbuches bewußt oder unbewußt, z. B. durch Annahme eines nur von einer bestimmten Theorie in einem bestimmten Sinne gebrauchten Kunstausdruckes, in das Gesetz hineinträgt, bereitet dem Gesetze und seiner gedeihlichen, praktischen und wissenschaftlichen Pflege die größten Schwierigkeiten. Die gesetzlich fixirten Theorien treten regelmäßig sehr bald mit dem Inhalte der Gesetzesnormen in Widerspruch. Dagegen ist es unter Umständen unschädlich, daß der Verfasser eines Gesetzes von unrichtigen theoretischen Anschauungen ausgegangen ist, wenn er es nämlich verstanden hat, die Gesetzesnormen in der Fassung unabhängig von diesen Theorien zu halten.[3])

---

[1]) Vergl. f. 202 D. de R. I.

[2]) pr. P. S. 27.

[3]) Ein Beispiel bietet die Konkursordnung, durchweg ein wohlgelungenes Werk, in mancher Hinsicht ein Muster der Gesetzgebungskunst. Daß die Motive von der auch für das Recht der Konkursordnung ganz unrichtigen Theorie des Konkursanspruches ausgehen, hat dem Gesetze selbst, welches vorsichtiger Weise den Ausdruck „Konkursanspruch" ganz vermieden hat, durchaus nicht geschadet. Ein Beispiel verderblicher Uebernahme veralteter Begriffe ist die berüchtigte prozeßhindernde Einrede der C. P. O. (§§ 247, 248), welche weder Einrede, noch prozeßhindernd zu sein braucht, und sich von anderen nicht unter die prozeßhindernde Einrede fallenden Dingen nicht durch diese Merkmale, sondern nur dadurch unterscheidet, daß eine selbständige Vorentscheidung über diese Punkte möglich ist.

Das Streben nach guter Disposition und Formulirung steht also erst in zweiter Linie. Aber darum handelt es sich doch dabei nicht um etwas Nebensächliches, Aeußerliches, um die Vermeidung bloßer Schönheitsfehler.

Durch gute Systematik, klare Grundbegriffe und treffende Formulirung wird die praktische Brauchbarkeit des Gesetzes in hohem Maße gefördert. Die unmittelbare Handhabung wird leichter und sicherer; vor Allem ist aber die wissenschaftliche Behandlung des Gesetzbuches fruchtbarer und geeigneter, der Rechtspflege bei Anwendung des Gesetzes wirksame Dienste zu leisten. Endlich wird das Gesetzeswerk bei gehöriger Beachtung dieser formellen Anforderungen unter Umständen auch inhaltlich gewinnen.

So dürfte es gerechtfertigt sein, wenn eine von juristischer Seite ausgehende Beurtheilung eines Gesetzgebungswerkes sich vorzugsweise mit der Form beschäftigt.[1])

I. Die Grenze zwischen dem Privatrechtsbuch und der Gerichtsordnung.

1. Die Grundlagen.

§. 2.

Die moderne Anschauung hat sich daran gewöhnt, Privatrecht und Prozeßrecht als zwei verschiedene Gebiete der Rechtsordnung zu betrachten.[2]) Da die Gerichtsbarkeit eine Staatsaufgabe bildet, so gehören die Normen des Prozeßrechtes zum öffentlichen Recht. Daraus ergibt sich, daß die prinzipielle Grenze zwischen beiden Gebieten aus dem

[1]) Wenn in Folgendem nicht überall, wo es angängig gewesen wäre, die bereits erschienenen Beurtheilungen zitirt sind, so muß ich dieserhalb im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung der Arbeit um Entschuldigung bitten. Ich habe das Detailstudium der meisten kritischen Arbeiten erst nach der Vollendung meiner Arbeit vorgenommen. Was mir dabei an Uebereinstimmung oder Verschiedenheit der Meinungen in erheblichen Punkten aufgefallen ist, habe ich angezeigt. Die Kritiken von Bähr (Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 321 ff., S. 481 ff.), Gierke (Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Jahrgang 12 Heft 3 und 4), Hölder (Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 73 S. 1 ff.) und Goldschmidt (Kritische Erörterungen Heft 1, die formalen Mängel) sind nur mit dem Namen ihrer Verfasser zitirt.

[2]) Vergl. pr. P. S. 683 ff., Zeitschr. S. 410 ff.

Inhalt der Rechtsnormen entnommen werden muß. Die Prozeßrechtsvorschriften sind Normen sekundärer Natur, sie betreffen die Heranziehung der staatlichen Gerichtsbarkeit zum Schutze der privaten Ordnung und haben das Dasein der letzteren zur Voraussetzung. Das Privatrecht dagegen kann zunächst für sich bestehend und ganz unabhängig von der staatlichen Gerichtsordnung gedacht werden. Aber indem die staatliche Gerichtsbarkeit für die Aufrechterhaltung des Rechtes thätig wird, ergeben sich Wechselbeziehungen der mannigfachsten Art. Im Prozeß werden Privatrechtsnormen zur Anwendung gebracht. Durch prozessualische Vorgänge können Rechte und Rechtsverhältnisse entstehen, untergehen oder verändert werden. Der Prozeß ist seinerseits wieder die Ursache von Privatrechtswirkungen. Endlich — und darauf ist, wie es scheint, bislang noch wenig geachtet worden — gibt es Institute des Privatrechtes, welche das Dasein der Gerichtsbarkeit deshalb zur Voraussetzung haben, weil sie einer wirksameren Durchführung des prozessualischen Rechtsschutzes dienen, wie z. B. die Anfechtung von Rechtshandlungen im Interesse der Zwangsvollstreckung und des Konkurses. Sie verdienen deshalb ein besonderes Interesse, weil bei ihnen das gewöhnliche Verhältniß, nach welchem das Prozeßrecht gegenüber dem Privatrecht als das sekundäre erscheint, in sein Gegentheil verwandelt ist.

Durch diese Wechselbeziehungen ergeben sich bei der Kodifikation Schwierigkeiten für die positive Abgrenzung von Privatrecht und Prozeß. Es ist, wie jeder Kundige ohne Weiteres zugeben wird, schlechthin unmöglich, ein Privatrechtsbuch und eine Gerichtsordnung so abzufassen, daß das eine nur reine Privatrechtsnormen, die andere lediglich Prozeßvorschriften enthält. Daß sich das Privatrecht ohne Berücksichtigung des Prozeßrechtes nicht kodifiziren läßt, beweist auch der vorliegende Entwurf. Es ist nicht nur nothwendig gewesen, in dem Einführungsgesetz die stattliche (aber nach der hier vertretenen Ansicht viel zu geringe) Zahl von ungefähr 90 Aenderungen und Ergänzungen der Prozeßgesetze vorzuschlagen, sondern es haben auch viele Hunderte von Paragraphen des Entwurfes selbst einen auf den Prozeß bezüglichen Inhalt.

Man könnte unter diesen Umständen auf den Gedanken kommen, ob es nicht besser sei, die äußere Trennung von Privatrecht und Prozeß ganz zu vermeiden, und man würde sich dabei mit einem Scheine von Berechtigung auf das Beispiel der Römer berufen können, welche in der That von einer scharfen äußeren Sonderung beider Gebiete nichts wußten. Aber gerade die nähere Betrachtung der römischen Verhältnisse wird vielleicht noch dringender zur systematischen Sonderung mahnen, als das Beispiel der modernen Kodifikationen, welche übereinstimmend Privatrecht und Prozeß getrennt kodifizirt haben.

Wenn wir die römischen Kodifikationen und Systeme von den 12 Tafeln bis zum corpus iuris betrachten, so ist bezüglich der Abscheidung von Privatrecht und Zivilprozeß kaum ein Fortschritt zu bemerken.

Die 12 Tafeln beginnen mit dem Prozeß und lassen das Privatrecht, anscheinend mit Prozeßrecht vermischt, nachfolgen. Das prätorische Edikt beginnt ebenfalls mit prozeßrechtlichen Bestimmungen, welche aber von vornherein mit materiellen Sätzen vermischt sind. Im Weiteren hat dasselbe zwar einen vorwiegend privatrechtlichen Inhalt. Derselbe ist aber nicht nur unter prozeßrechtliche Rubriken untergebracht, sondern es handelt sich auch dem äußeren Anschein nach nicht um Privatrechte, sondern um prozessualische Rechtsmittel, actiones, interdicta und dergl.[1]) Auch die Justinianischen Digesten erscheinen im Ganzen als ein Prozeßrechtssystem, welchem inhaltlich das gesammte Privatrecht einverleibt ist.

Eine weiter vorgeschrittene Trennung von Privatrecht und Prozeß findet sich in dem Institutionensystem von Gajus, welches in seinen beiden ersten Theilen, personae und res das Privatrecht, im dritten Theile, actiones, aber das Prozeßrecht abhandelt. Von einer scharfen Scheidung zwischen Obligationenrecht und Aktionenrecht ist aber auch hier nicht die Rede, und jedenfalls rechnet auch Gajus das jus, quod ad actiones pertinet, zum Privatrecht.

Das, was wir römisches Privatrecht nennen, ist weit mehr ein System von prozessualischen Rechtsmitteln (actiones u. s. w.), als ein System von reinen Privatrechten. Daher finden sich bei den Römern keine Definitionen und Eintheilungen des subjektiven Rechtes. Alles wird auf die actio und das quod venit in actionem bezw. die res, de qua agitur, abgestellt.[2])

Von dieser römischen Auffassung, welche demnächst noch eingehender zu erörtern ist, loszukommen, muß eine der ersten Aufgaben jeder modernen Kodifikation sein, namentlich wenn sie an die Stelle des bisherigen gemeinen Rechtes zu treten bestimmt ist. Denn im gemeinen deutschen Rechte ist es zu einer präzisen Abgrenzung von Prozeß und Privatrecht nur sehr allmählich gekommen. Die römische Einkleidung der Privatrechtsinstitute in prozessualisches Gewand treibt auch heute noch nicht nur in vielen Pandektenlehrbüchern, sondern auch in der Sprache der Gerichte ihr Unwesen.

---

[1]) Vergl. die Lenelsche Disposition des Edikts: de litis exordio, de iuris auxiliis, quae iurisdictione continentur, de iuris auxiliis, quae imperio continentur, de finibus litium, additamenta: interdicta, exceptiones, stipulationes praetoriae.

[2]) Bekker, Pandekten I S. 46, 95.

Mit der Trennung von Privatrecht und Prozeß in Gesetz und Lehre wird diesem römischen Aktionenwesen die Grundlage entzogen. Sie ist die erste Vorbedingung, um mit demselben gänzlich zu brechen. Sie muß, richtig durchgeführt, auch auf Form und Inhalt der zum Grenzgebiet gehörigen Rechtssätze, z. B. bei den Instituten der Verjährung, der Aufrechnung, der Rechtskraft und des Besitzes, einen heilsamen Einfluß üben. Sie wird vor allen Dingen der Praxis zu gute kommen, nicht allein deshalb, weil eine bequemere äußere Handhabung der Gesetzbücher möglich ist, sondern vor Allem dadurch, daß die Rechtssätze die ihnen gebührende wissenschaftliche Pflege von richtiger Hand, am richtigen Platze und in zutreffender Betrachtungsform erhalten. Sie wird dem Gesetzbuche auch durch die Abkehr von veralteten römischen Anschauungen eine größere Volksthümlichkeit verschaffen. Sie verhindert die stete Unsicherheit darüber, ob ein bestimmter Abschnitt die betreffende Materie vollständig enthält, oder ob noch in einem ganz anderen Gesetzbuche etwas dazu Gehöriges steht, und schließt die Gefahr aus, daß die häufigere Entdeckung, eine einschlägige Bestimmung übersehen zu haben, Juristen und Laien verdrießlich macht. Um solche Vortheile für die ganze Geltungsdauer des Gesetzbuches zu erzielen, verlohnt es sich wohl, den durch eine Durcharbeitung in dieser Richtung erforderlichen Aufwand an Zeit und Mühe zu opfern.

Freilich hat eine solche Trennung nur dann einen Werth, wenn dieselbe zielbewußt nach bestimmten Rücksichten unternommen und durchgeführt wird, so daß man, wenn man das Prinzip der Trennung erkannt hat, im Allgemeinen auch weiß, wo man die betreffenden Normen zu suchen hat. Es handelt sich also vor Allem darum, die richtige Methode der Abgrenzung zu finden.

Da die vollständige Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht nicht möglich ist, so hat man nur die Wahl, entweder in einem gewissen Umfange Prozeßrechtsnormen in das Privatrechtsbuch zu bringen, oder den Civilprozeßgesetzen (Civilprozeßordnung und Konkursordnung) auch materielle Bestimmungen einzufügen. Die mit den Prozeßgesetzen vorzunehmenden Abänderungen dürften in beiden Fällen den gleichen Umfang haben. Im ersteren Falle muß aus denselben Manches entfernt werden, im anderen Falle sind sie erheblicher Ergänzungen bedürftig. Historische Erwägungen dürfen bei der Wahl nicht maßgebend sein, wenn die dabei sich ergebenden Gesichtspunkte heute nicht mehr zutreffen. Geschichtliche Reminiszenzen geben nur zu häufig die Veranlassung zu falscher systematischer Stellung.[1]) Es wird sich vielmehr

[1]) Beispiele in den §§ 33, 231, 265, 686 C. P. O.

zunächst um praktische Erwägungen und Folgerungen aus der Natur der Sache handeln müssen. Danach ergibt sich aber als einzige mögliche Lösung die, daß das Privatrechtsbuch möglichst rein erhalten wird, daß dagegen die Prozeßgesetze zugleich diejenigen privatrechtlichen Normen mit umfassen, welche Wirkungen prozessualischer Vorgänge regeln oder in anderer Weise das Dasein der Prozeßeinrichtungen zur Voraussetzung haben.

Der dadurch erzielte Vortheil ist ein doppelter. Das Privatrecht, von dem Gesetz und Lehre des gesammten Rechts den Ausgang zu nehmen hat, stellt sich so einfach als möglich dar. Es bietet für Lehre, Forschung und Rechtsanwendung erhebliche Vortheile, wenn das Privatrecht ganz unabhänigig von den Normen des öffentlichen Rechtes der Betrachtung unterworfen werden kann. Man entlastet insbesondere die Bearbeiter dieses wichtigsten und größten Gebietes von der Detailarbeit auf dem Gebiete des Civilprozesses[1]) man sichert den reinen Privatrechtsnormen die zunächst nothwendige rein privatrechtliche Behandlung.

Ein weiterer Vortheil der größeren Unabhängigkeit beider Gesetzbücher liegt darin, daß man leichter das eine ändern kann, ohne zugleich das andere ändern zu müssen. Mengt man dagegen Prozessualisches in das Privatrechtsbuch, so zwingen prozessualische Aenderungen, die an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun haben, zur Umarbeitung ganzer Partien des Civilkodex.

Eine solche Trennung hat sich auch bereits auf manchen Gebieten unseres kodifizirten Rechtes bewährt. Es hat sich als durchaus praktisch erwiesen, daß auf dem Gebiete des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts das materielle Recht mit der formellen Ordnung vereinigt ist. Auch der Anschluß des dem Privatrecht angehörigen Schiedsvertrages an die Prozeßordnung hat sich bewährt.

Die Durchführung des Prinzips würde ein Doppeltes erheischen. Einmal die Ueberführung aller an das Prozeßrecht sich anschließenden materiellen Rechtsnormen in die Prozeßordnungen, und sodann die möglichste Befreiung der im Privatrechtsbuch verbleibenden Normen von prozessualischer Fassung und von Hinweisungen auf Detailbestimmungen des Prozeßrechtes.

Die Ausführung im Einzelnen hat natürlich ohne Pedanterie mit praktischem Takte zu erfolgen.

---

[1]) Daß sie auch den Civilprozeß kennen müssen, versteht sich von selbst. Auch bleibt es immer wünschenswerth, daß einige Civilisten zugleich Prozessualisten sind. An alle diese Anforderung zu stellen, würde dagegen andere Seiten der Privatrechtsarbeit beeinträchtigen.

Einer sachgemäßen Abgrenzung der beiden Kodifikationen hat sich der zur Zeit gar nicht mehr zu ändernde Umstand sehr in den Weg gestellt, daß die Prozeßrechtskodifikation, welche also im Allgemeinen das sekundäre Recht enthält, vor dem das primäre Recht umfassenden Privatrechtsbuche ausgearbeitet und in Kraft getreten ist. Es liegt jetzt die Gefahr nahe, daß in dem Streben, äußerlich möglichst wenig an der Prozeßordnung zu ändern, das Privatrecht gezwungen wird, sich dem geltenden Prozeßrecht anzubequemen, während doch die Natur der Sache das Umgekehrte erfordert. Es ist aber auch zu befürchten, daß in Folge dieses Strebens das Privatrechtsgesetzbuch ungehörige prozessualische Beimischungen erhält, durch welche nicht nur die äußere Ordnung und Abgrenzung gestört wird, sondern welche einerseits das Privatrechtliche in eine unleidliche Abhängigkeit von dem gegenwärtig geltenden Prozeßrecht bringen, andererseits das Prozeßrecht durch Modifikationen, welche lediglich für Einzelfälle bestimmt sind und auf deren Stellung zum Prozeßrechtssystem auch bei der Formulirung die gebührende Rücksicht nicht genommen werden konnte, in formaler Hinsicht schädigen[1]).

Fragt man nun, inwieweit der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches[2]) die im Vorstehenden als wünschenswerth bezeichnete Grenze innegehalten hat, so wäre nur ein sicheres Beispiel zu nennen, in welchem dieselbe unter Schmälerung des Privatrechtsbuches überschritten ist. Artikel 15 des Einführungsgesetzes zum B. G.[3]) bestimmt:

„Die Vorschrift des § 41 Abs. 2 der Konkursordnung [den Faustpfandgläubigern stehen gleich Verpächter wegen des

[1]) Ein lehrreiches Beispiel von der ungünstigen Wirkung der zeitlichen Präzedenz einer sekundären Kodifikation bietet das Reichsgesetz betreffend die Anfechtungen von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879. Die Materie gehört mit demselben Rechte in die Zwangsvollstreckungsordnung, wie die §§ 22—34 in die Konkursordnung. Unter dem Umstande, daß die Paragraphen nicht in die C. P. O. aufgenommen sind, leidet die wissentliche Behandlung und praktische Handhabung derselben. Kein Lehrbuch oder Kommentar des Civilprozesses beschäftigt sich mit ihnen. Sie finden sich überall als Anhang zur Konkursordnung, obwohl sie mit dem Konkurse zunächst gar nichts zu thun haben und obwohl es zu ihrem richtigen Verständnisse durchaus nöthig ist, daß man sich zunächst um die gleichlautenden Paragraphen der K. O. gar nicht kümmert, vielmehr von konkursrechtlichen Gesichtspunkten durchaus absieht und den Zusammenhang mit dem Zwangsvollstreckungsrecht ins Auge faßt. Vergl. Zeitschr. S. 411 u. pr. P. S. 767. Es wäre jetzt Gelegenheit gegeben, das Versäumte nachzuholen.

[2]) Im Folgenden mit B. G. zitirt.

[3]) Im Folgenden mit E. G. zitirt.

laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstückes und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden] findet auch außerhalb des Konkurses Anwendung."

Die Bestimmung gehört in das B. G., wo etwa zu § 1151 in irgend einer Form zu bestimmen sein würde, daß die in den §§ 521, 543 gegebenen gesetzlichen Pfandrechte dem Faustpfandrechte gleichstehen. Bei einer auf die Dauer berechneten rein privatrechtlichen Vorschrift ist es ebenso unerträglich, daß sie sich in dem E. G. befindet, als daß sie als Uebertragung einer für das Konkursverfahren bestimmten Vorschrift auf reine Privatrechtsverhältnisse normirt ist.

Im Uebrigen hat das B. G. die Grenze stets in der umgekehrten Richtung überschritten, indem es nicht nur mit dem Prozeß zusammenhängende materielle Vorschriften, sondern auch rein formell-prozessualische Normen, welche nicht die leiseste materielle Bedeutung haben, z. B. Zuständigkeitsvorschriften, in sich aufgenommen, auch viele Privatrechtsvorschriften unnöthiger Weise mit Prozessualischem gemischt hat.

Das B. G. enthält viel mehr Prozeßrecht, als das österreichische, preußische, französische oder sächsische Gesetzbuch. Es bezeichnet das von dem hier vertretenen Standpunkte aus einen entschiedenen Rückschritt. Bei einer Gelegenheitsgesetzgebung würde man derartige Mängel der Systematik vielleicht mit in den Kauf zu nehmen haben. Anders aber verhält es sich bei einer auf die Jahrhunderte berechneten Gesammtkodifikation.

Ob der Scheidung, wie sie das B. G. vorgenommen hat, überhaupt ein bestimmtes Prinzip zu Grunde liegt, bleibt fraglich. Einzelne Andeutungen, wie sie z. B. Mot. I S. 371 hinsichtlich der Uebernahme der §§ 231, 293 C. P. O. in das B. G. gemacht sind, erwecken den Anschein, als ob man vorübergehend an das der hier vertretenen Meinung entgegengesetzte Prinzip, die möglichste Beschränkung der Prozeßordnung auf formell-prozessualische Vorschriften, gedacht hätte [1]). Jedenfalls hat man aber den Gedanken, und zwar bewußt, nicht ausgeführt. Es scheint vielmehr, als ob man zunächst dem B. G. Alles hat lassen wollen, was in den Pandektenkompendien, insbesondere bei Windscheid, aus den Grenzgebieten vorgetragen zu werden pflegt. Daher ist insbesondere auch ein Theil der Beweislehre in das B. G.

---

[1]) Dagegen steht eine beachtenswerthe Ausführung der Motive zum Sachenrecht (III S. 141) auf dem hier vertretenen Standpunkte. Wäre die dort niedergelegte Anschauung in dem ganzen Entwurfe durchgeführt, so wären die Ausführungen dieses Abschnittes unnöthig.

gekommen. Auf der anderen Seite bringt das E. G. fast durchweg nur solche, übrigens durchweg richtige und zweckmäßige, Ergänzungen der C. P. O. und der K. O., welche sich als direkte Aenderungen und Ergänzungen der vorhandenen Prozeßrechtsnormen schon äußerlich erkennen lassen. Von einer klaren Ordnung und Abgrenzung ist nicht die Rede. Man wird lebhaft an den Zustand auf Jochen Nüßlers Hof erinnert: hir en lütten Meßhof und dor en lütten Meßhof.[1]) Namentlich wird durch die überaus große Zahl konkursrechtlicher Bestimmungen, welche das B. G. enthält, der Vorzug einer einfachen und klaren Konkursordnung, auf den wir mit Recht stolz sein durften, illusorisch gemacht.

Bevor nach der hier gegebenen Skizze einer prinzipmäßigen Trennung Detailausführungen unternommen werden können, muß noch eine zweite Grenze zwischen zwei Rechtsgebieten festgestellt werden, nämlich die zwischen der streitigen Civilgerichtsbarkeit und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Denn eine feste Grenze zwischen Privatrecht und Civilprozeß läßt sich nicht gewinnen, wenn man nicht zugleich feststellt, wo die freiwillige Gerichtsbarkeit verbleiben soll.

Der Gegensatz zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit läßt sich durch rechtsphilosophische Erwägungen nur im Allgemeinen charakterisiren. Der Gegensatz kann nicht in der Bestrittenheit oder der Unbestrittenheit, dem Zwange oder der Freiwilligkeit, der Repression oder der Prävention gefunden werden, sondern nur darin, daß es sich bei der streitigen Gerichtsbarkeit um Rechtsfeststellung und Rechtsverwirklichung mittels staatlicher Hülfe handelt, während die freiwillige Gerichtsbarkeit eine gerichtliche Mitwirkung bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse bezweckt. Auf eine solche Charakteristik läßt sich aber eine feste praktische Abgrenzung nicht aufbauen, die Grenze muß schließlich immer Institute von einander trennen, zwischen denen eine nahe innere Verwandtschaft besteht, eine feste Sonderung läßt sich nur durch positive Vorschriften gewinnen. Für das geltende deutsche Reichsrecht glaube ich dieselbe in Ermangelung einer ganz ausdrücklichen Grenzordnung indirekt in der Ordnung der sachlichen Zuständigkeit finden zu können. Was nicht durch die in den Reichsjustizgesetzen und ihren Ergänzungen gegebene Zuständigkeitsordnung berührt ist, liegt außerhalb der streitigen Gerichtsbarkeit. Alles Andere gehört zu derselben. Diese Eintheilung gestattet namentlich das Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren voll und ganz der streitigen Gerichtsbarkeit zu erhalten. Die praktischen Vortheile dieser Eintheilung

---

[1]) Reuter, Ut mine Stromtid I, 2 zu Anfang.

sind in früheren Ausführungen[1]) dargelegt, ebenso die inneren Bedenken gegen diese Zutheilung erörtert. Wenn hier bezüglich des Aufgebotsverfahrens noch einige innere Gründe für die Zurechnung zur streitigen Gerichtsbarkeit beigebracht werden, so geschieht das deshalb, weil dieses die einzige Materie ist, in der man de lege ferenda — de lege lata ist die Sache m. E. entschieden — für die Zutheilung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit einzutreten versucht sein könnte. Das Aufgebot ist freilich kein Rechtsstreit, kein Prozeß im engeren Sinne, ebensowenig wie das Mahnverfahren und der Konkurs, die gleichfalls zur streitigen Gerichtsbarkeit gehören. Gleichwohl ist dasselbe nicht nur geschichtlich im Zusammenhange mit dem eigentlichen Rechtsstreit entstanden, sondern es hat, worauf das entscheidende Gewicht zu legen ist, auch heute noch eine so nahe Verwandtschaft mit dem gewöhnlichen Feststellungsverfahren, daß man es fast als eine besondere Art des Feststellungsverfahrens bezeichnen könnte. Seine geschichtliche Grundlage[2]) beruht in dem germanischen Satz von der nicht blos auf die Parteien beschränkten, sondern absoluten Rechtskraft des richterlichen Urtheils. Wer an der Gerichtsstätte anwesend ist oder anwesend sein muß, gegen den wirkt das dort erlassene Urtheil, wenn er keine Einwendungen erhebt. Er hat sich an seinem Rechte verschwiegen. Die Regel wird dann weiter verwerthet für andere Gerichtsakte, insbesondere für die Auflassung von Grundstücken, und hier wird durch eine besondere Aufforderung den Betheiligten Gelegenheit gegeben, ihre Rechte geltend zu machen. Auch heute handelt es sich bei dem Aufgebot seinem inneren Wesen nach um Feststellungen. Es wird, gerade wie im Rechtsstreite, reparabel oder irreparabel, mit ganz absoluter Kraft oder mit beschränkter Wirkung, d. h. unter Vorbehalt der Rechte der etwa sich Meldenden, festgestellt, daß das Grundstück A. Eigenthum des B. sei, bezw. daß Anderen als dem B. Eigenthumsrechte an demselben nicht zustehen, daß der C. an dem und dem Tage aufgehört habe, Rechtssubjekt zu sein und daß kein Anderer als der D. Berechtigter zu der durch ein Inhaberpapier verbrieften Forderung sei u. s. w. Diese Feststellung unterscheidet sich aber vom Rechtsstreit durch Zweierlei. Sie erfolgt einmal nicht auf Grund einer eingehenden sachlichen Kognition, sondern, ähnlich wie im Mahnverfahren, auf der mehr formellen Grundlage, daß kein Widerspruch erfolgt ist. Sie unterscheidet sich von anderen Arten der Feststellung ferner dadurch, daß, während in allen anderen Verfahren ein bestimmter Gegner

[1]) Zeitschr. S. 414 und pr. P. S. 687.

[2]) Vergl. Eck, in den Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages S. 57, 58.

erforderlich ist[1]) und in der Regel nur eine gegenüber diesem wirksame Feststellung erzielt werden kann, im Aufgebotsverfahren auch Feststellungen gegenüber einem selbst der Existenz nach ungewissen Gegner bezw. gegenüber unbekannten Gegnern oder, wenn man lieber will, gegen Jedermann vorgenommen werden können, welche übrigens auch nicht blos für den Antragsteller, sondern darüber hinaus wirksam sind. Daß für diese Erweiterung des Rechtsschutzes ein dringendes Bedürfniß besteht, lehrt die tägliche Erfahrung. Namentlich muß bei absoluten Rechten, Eigenthum u. s. w., wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, die Möglichkeit gegeben sein, auch zu einer absolut wirksamen Rechtsfeststellung zu gelangen. Nur aus diesem Charakter als Feststellungsverfahren ist auch die Möglichkeit einer Ueberleitung des Aufgebots in einen zwischen bestimmten Personen auszumachenden (Anfechtungs)rechtsstreit zu erklären. Nur so wird auch die Zerreißung des Aufgebotsverfahrens in einen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit und einen anderen zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnenden Theil verhindert.

Es empfiehlt sich also aus praktischen wie wissenschaftlichen Gründen, das Aufgebot[2]) zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnen und überhaupt die jetzige Grenze zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit festzuhalten.

---

[1]) Anders bei der Sicherung des Beweises, welche aber kein Feststellungsverfahren ist. Vergl. § 455 C. P. O.

[2]) Bezüglich des Aufgebots sei noch eine, wie ich sicher annehmen darf, jedem meiner amtsgerichtlichen Kollegen aus dem Herzen geschriebene Bemerkung gestattet. Wenn irgend ein Gegenstand der einheitlichen Kodifikation dringend bedürftig ist, so ist es das Aufgebotsverfahren. Die gegenwärtige Lage der Gesetzgebung — ich denke dabei vornehmlich an das mir in dieser Beziehung am besten bekannte Gebiet des preußischen Landrechts — macht das Aufgebotsverfahren zu einem Schrecken des Richters und der Referendarien, welche dasselbe erlernen möchten. Das Aufgebotsverfahren war früher der vielbeneidete Gegenstand der durch jahrelanges mühsames Studiren und Sammeln erlangten Geheimkunde Einzelner. Andere waren glücklich, wenn auf ihre Verfügung: „simile beizufügen", das Bureau ein reponirtes Aktenstück über ein Aufgebot gleicher Art herausfand. In neuerer Zeit haben verdienstliche Stoffsammlungen, namentlich die von Daude, dem Aergsten abgeholfen. Aber es genügt ein Blick in ein derartiges Buch, um zu ermessen, welchem Chaos man gegenübersteht. Zu einer eigentlichen wissenschaftlichen Pflege dieses wichtigen Rechtsstoffes sind nicht einmal die Anfänge gemacht. Ja man darf bei der jetzigen Unhandlichkeit des Stoffes nicht einmal zu strenge über Verfasser von Hand- und Lehrbüchern des Civilprozesses urtheilen, welche den Stoff ganz von ihrer Darstellung ausschließen. Auf diesem Gebiete darf also die alte Unordnung nicht bleiben oder gar noch vermehrt werden.

Es ist das für die hier vorzunehmende Auseinandersetzung von erheblicher Bedeutung. Vor Allem muß in die C. P. O. und die K. O. nicht nur alles zur streitigen Gerichtsbarkeit Gehörige untergebracht werden, sondern es ist auch mit Aengstlichkeit jede Prozedur der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus den Prozeßgesetzen fernzuhalten. Nur so läßt sich einer Denaturirung der in Betracht kommenden Institute, einer Verwirrung hinsichtlich der Zuständigkeit, des Instanzenzuges und des Verfahrens vorbeugen.

Ob die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit in das B. G. selbst oder in ein besonderes Gesetz, das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit betreffend, aufgenommen werden, kommt dem gegenüber weniger in Betracht. Die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit passen immer noch besser in das B. G. zu den betreffenden Privatrechtsinstituten, bei deren Gestaltung sie mitwirken sollen, als in die Prozeßordnung.

Am zweckmäßigsten wäre aber ein solches besonderes Gesetz, in dem zunächst die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit zu geben wären. Ob man dann die speziellen Theile dieses Gebietes, Grundbuchordnung, Vormundschaftsordnung, Hinterlegungsordnung u. s. w., als Bücher des allgemeinen Gesetzes behandeln oder in besonderen Gesetzen unterbringen will, ist eine noch weniger wichtige Frage. Doch wäre auch hier die Gesammtkodifikation das zu Erstrebende.

Jedenfalls soll im Folgenden, schon der Einfachheit der Darstellung wegen, davon ausgegangen werden, daß außer dem B. G., welches das Privatrecht enthält, der C. P. O. und der K. O., welche das Recht der streitigen Civilgerichtsbarkeit einschließlich der sich daran schließenden materiellen Bestimmungen umfassen, ein besonderes Gesetz für das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben wird.[1])

Die danach nothwendige Durcharbeitung hinsichtlich der Disposition und Fassung könnte — in bescheidenen Grenzen — auch dazu benutzt werden, auf dem unbestrittenen Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit in einigen Punkten bessere Ordnung zu schaffen durch Herübernahme von Einzelgesetzen in die Kodifikationen, durch Austausch zwischen C. P. O. und K. O., durch Umstellungen innerhalb des Gesetzes selbst.[2])

---

[1]) Im Folgenden mit f. G. bezeichnet.

[2]) So fehlt es künftig, nachdem das deutsche Immobiliensachenrecht einheitlich gestaltet sein wird und deshalb auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einheitlich geregelt werden kann, an jedem Grunde, diese Materie in einem besonderen Gesetze zu ordnen. Durch die Auf-

Die nachfolgenden Einzelausführungen sollen hauptsächlich als Belege dieser vorangeschickten allgemeinen Sätze dienen und zur weiteren Prüfung anregen. Wenn sie auch, wie es bei der Kürze der zur Formulirung von Verbesserungsvorschlägen gegebenen Zeit kaum anders sein kann, unvollständig sind oder hier und da sich als verfehlt herausstellen möchten, so werden sie doch zur Erreichung des gesteckten Zieles etwas beitragen können. Der Erörterung über die richtige Stellung der Vorschriften werden hier und da Bedenken gegen die Fassung angefügt werden. Die Einzelausführungen, welche sich dem System des Gesetzbuches anschließen,

---

nahme der betreffenden Bestimmungen in die C. P. O. wird das Zwangsvollstreckungsrecht im Ganzen harmonischer und klarer gestaltet. Bei dieser Gelegenheit könnte denn auch das Sequester in § 747 C. P. O. (in der Fassung des Art. 11 E. G. B. G.) durch den Verwalter ersetzt werden.

Ebenso dürfte das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 in die C. P. O. zu übernehmen sein, wo dem Anfechtungsrechte ein besonderer Abschnitt, etwa hinter § 795, zu widmen wäre. (S. o. S. 10 A. 1.)

Ebenso gehört der Stoff der §§ 39—41 K. O. nebst den §§ 14—17 E. G. K. O. in das Zwangsvollstreckungsrecht. Hier ergibt sich zunächst das Bedürfniß, zu bestimmen, welche Rechte dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehen, und es ist dann Sache der K. O., die Regelung der abgesonderten Befriedigung im Konkurse der Ordnung der vorzugsweisen Befriedigung bei der Zwangsvollstreckung anzupassen. Statt dessen ist jetzt ganz unnatürlicher Weise in der C. P. O. (§ 709) auf die K. O. verwiesen. (Vergl. Zeitschr. S. 408, pr. P. S. 756.) Zu dieser Umstellung ist jetzt um so mehr Veranlassung geboten, als das E. G. B. G. Art. 13 u. 14 sich ohnehin genöthigt gesehen hat, in diese Materie einzugreifen, insbesondere die §§ 39, 41 K. O. u. 17 E. G. K. O. abzuändern, §§ 14 bis 16 E. G. K. O. aber zu streichen. Es würden dann in § 709 C. P. O. die Worte „für den Fall eines Konkurses" zu streichen sein. § 41 K. O. würde in der im E. G. B. G. vorgeschlagenen Fassung als § 709a in die C. P. O. übernommen, § 17 E. G. K. O. würde, da er sich in der neuen Fassung nicht mehr auf die Zwangsvollstreckung bezieht, verbleiben, wo er sich befindet.

In der K. O. könnten dann die §§ 39—41 K. O. durch die einfache Bestimmung ersetzt werden: Gläubiger können aus Gegenständen der Konkursmasse die abgesonderte Befriedigung verlangen, wenn und insoweit sie bei einer zur Zeit der Konkurseröffnung erfolgten Pfändung bez. Beschlagnahme dieser Gegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben würden. (Vergl. pr. P. S. 792.)

Endlich müßte das Gesetz betreffend die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln v. 3. Juni 1886 in seinem Abs. 1 u. 3 in den § 715 C. P. O., bezüglich des Abs. 2 in den § 1 K. O. verarbeitet werden. Aehnlich § 20 des R. G. v. 28. Oktober 1871 betreffend die Unpfändbarkeit des Inventariums der Posthaltereien.

werden auch Gelegenheit bieten, auf einige prozessualische Bestimmungen des E. G. Rücksicht zu nehmen.

2. Allgemeiner Theil.

§ 3.

Zunächst handelt es sich um zwei ganze, allerdings kurze, Abschnitte des allgemeinen Theiles, welche schon nach ihrer Ueberschrift mit der streitigen Gerichtsbarkeit in nächster Verbindung stehen und welche, um das Hauptergebniß vorweg zu nehmen, an ihrer Stelle im Ganzen in Wegfall kommen müssen, nämlich Abschn. 9, Urtheil, und Abschn. 10, Beweis (§§ 190 bis 192). Die §§ 191 und 192 regeln die Rechtskraft des Urtheils, die erstere Vorschrift behandelt die Wirkung im Allgemeinen, die andere in der persönlichen Richtung. Nach den hier vertretenen Grundsätzen gehören beide Paragraphen in die C. P. O., und zwar hinter § 293, welcher den sachlichen Umfang der Rechtskraft regelt. Für die Zutheilung spricht im Besonderen noch, daß die Vorschriften über materielle Rechtskraft nicht auseinandergerissen werden dürfen,[1]) sowie daß § 192 Abs. 2 B. G. nach Fassung und Inhalt zu den §§ 238, 665, 671 C. P. O.[2]) in nächster Beziehung steht.[3])

Auch § 190,[4]) welcher die allgemeinen Voraussetzungen der Verurtheilung bei einer Leistungsklage regelt, gehört in die C. P. O.,[5]) in welcher sich sein Pendant, der § 231 C. P. O., welcher die allgemeinen Voraussetzungen der Verurtheilung bei einer Feststellungsklage normirt, bereits befindet. § 190 B. G. gehört offenbar unmittelbar vor diesen § 231 C. P. O. Dann zeigt sich aber sofort Zweierlei. Nämlich einmal, daß beide Vorschriften nicht in das Kapitel „Verfahren bis zum

[1]) Vielleicht wären auch die Vorschriften über formelle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeitserklärung (§§ 645, 646, 648 bis 657 C. P. O.) von ihrer jetzigen unpassenden Stelle hierher, bez. was die drei letzten Paragraphen anbelangt, in die Rechtsmittellehre zu übernehmen. (Vergl. Mot. I, S. 368.) Auch § 686 C. P. O. würde richtiger hierher oder hinter § 554 C. P. O. zu stellen sein, da es sich um eine sachliche Urtheilsänderung handelt, welche keineswegs davon abhängig ist, daß aus dem Urtheil bereits die Zwangsvollstreckung begonnen hat. Endlich ist § 779 C. P. O. keine Zwangsvollstreckungsvorschrift, sondern eine Bestimmung über die Wirkungen der Rechtskraft. Auch § 661 wäre aus dem 8. Buche zu entfernen.

[2]) In der durch Art. 11 E. G. B. G. proponirten zutreffenden Fassung.

[3]) Die inhaltlichen Bedenken gegen die §§ 191 und 192 B. G. erfordern eine besondere Darlegung (s. u. § 11 S. 135).

[4]) Vergl. Gierke S. 1263, Goldschmidt S. 81.

[5]) So auch Wach, der Feststellungsanspruch, S. 46. Vergl. auch S. 39.

Urtheil", sondern in den Titel „Urtheil" gehören, wo sie — etwa hinter § 276 C. P. O. — einzuschalten wären. Sodann, daß § 231 C. P. O. eine unrichtige Fassung hat. Er müßte lauten: „Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann unabhängig von der Verurtheilung zu einer Leistung nur dann durch Urtheil ausgesprochen werden, wenn u. s. w." In die C. P. O., und zwar zu dieser Materie, ist auch § 365 Abs. 1 B. G.[1]) zu verweisen, welcher die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise bei einer Erfüllung Zug um Zug die Verurtheilung zu erfolgen hat.[2])

Was die Beweislast anbetrifft, so meinen die Motive (I, S. 382), dem Meinungsstreite darüber, ob die Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast dem Privatrechte oder dem Prozeßrechte angehören, brauche nicht näher getreten zu werden. Es genüge für die Aufnahme in das B. G. der Umstand, daß die C. P. O. sich mit der Beweislast nicht befaßt habe. Damit ist die Sache offenbar nicht erledigt. Es muß vielmehr zunächst die Frage nach der Natur der Beweislastregeln beantwortet werden. Die gelegentliche Bemerkung der Motive (V, S. 662), daß die Frage nach der Vertheilung der Beweislast überhaupt bei dem jetzigen Stande des Prozeßrechtes wesentlich an Bedeutung verloren habe,[3]) läßt zweifeln, ob das B. G. in dieser Beziehung von klaren Grund-

---

[1]) Vergl. auch § 428 B. G.

[2]) Wie die Motive zu § 190 (I, S. 367) hervorheben, hat das B. G. eine Verurtheilung zu einem künftigen Verhalten zwar nicht allgemein anerkannt, wohl aber bei den Klagen wegen Störung im Genusse eines dinglichen Rechtes (§§ 943, 945, 978, 1055). Von diesen Bestimmungen wird besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt (s. u. § 8 S. 80).

[3]) Richtig ist daran nur das Eine, daß zur Zeit äußerlich bei der Beweisanordnung weniger als nach früherem gemeinem Rechte hervortritt, wer die Beweislast hat, da kein dieselbe vorweg regelndes Interlokut ergeht, sowie daß im Endurtheil die Beweislast nur dann zu Tage tritt, wenn der Beweis nicht voll gelungen ist. Richtig ist es auch, daß leichtfertige Richter es jetzt vielfach vertuschen können, wenn sie die Sache ohne gründliche methodische Kognition (vergl. darüber pr. P. S. 712), insbesondere ohne scharfe Scheidung der Beweislast verarbeitet haben. Der innere Werth einer solchen Scheidung ist, da die Verhandlungsmaxime unverändert bestehen geblieben ist, heute genau der gleiche wie früher. Jeder methodisch arbeitende Richter prüft auch heute schon bei der ersten sachlichen Kognition mit peinlichster Sorgfalt, wer hinsichtlich der einzelnen Behauptungen die Beweislast hat, und nur auf Grundlage einer solchen Vorprüfung ist eine sachgemäße Behandlung und Entscheidung möglich.

anschauungen ausgeht. Die Beweislast [1]) ist im Allgemeinen lediglich eine Folge der Behauptungslast. Deshalb muß man, wenngleich das Beweisen lästiger ist als das Behaupten, von der Behauptungslast ausgehen, wenn man zu klaren Ergebnissen kommen will, um so mehr, als die Beweislast nicht ausnahmslos der Behauptungslast folgt. [2]) Der allgemeine Satz, daß derjenige im Prozesse zu behaupten und folgeweise in der Regel auch zu beweisen hat, welcher ein Interesse daran hat, daß die betreffende Thatsache bei der Urtheilsfällung berücksichtigt wird, ist lediglich eine natürliche Folge der mit der Verhandlungsmaxime gegebenen Bestimmung, daß Thatsachen, welche nicht nach Maßgabe des Prozeßrechtes behauptet sind und festgestellt werden können, bei der Urtheilsfällung außer Betracht bleiben. Es handelt sich also bei der Behauptungslast und der Beweislast zunächst weniger um eine besondere rechtliche Regelung, als um eine natürliche Folge aus der Sachlage. Deshalb ist der Satz: „Behaupten muß, wer ein Interesse an der Berücksichtigung der Behauptung hat" bez. dessen in § 193 B. G. gegebene Paraphrase eigentlich gar kein selbständiger Rechtssatz, ebensowenig wie das nemo plus iuris etc. oder das casum sentit dominus. Er statuirt auch keine Pflicht[3]) der Partei weder gegenüber dem Gegner, noch gegenüber dem Gericht, sondern lediglich eine Obliegenheit im eigenen Interesse. Jedenfalls ist — und darin befinde ich mich mit allen angesehenen Prozessualisten, mit Windscheid und mit den Anschauungen höchster Gerichtshöfe im Einklange — das Prinzip der Vertheilung der Behauptungslast ein prozessualisches.

Hält man also allgemeine Bestimmungen darüber, welcher Partei das Behaupten im Prozesse obliegt, für nöthig, so bringe man sie in die C. P. O., wo man sie etwa hinter § 250 stellen könnte. [4])

Etwas anders verhält es sich mit speziellen Regeln über die Behauptungslast. Wenn das allgemeine Prinzip dahin geht, daß behaupten muß, wer an der Berücksichtigung ein Interesse hat, so setzt die Anwendung desselben im speziellen Falle voraus, daß die

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 720, Zeitschr. S. 411.

[2]) § 366 B. G. spricht ausnahmsweise korrekt von „Behaupten und Beweisen".

[3]) Deshalb sollte man die inkorrekte Wendung „Beweispflicht" aus der C. P. O. (§ 412) entfernen, jedenfalls aber im B. G. (§§ 367, 379) nicht verwenden.

[4]) Die bisherige Enthaltsamkeit der C. P. O. war durch die Rücksicht auf die Verschiedenheit des Privatrechtes veranlaßt und kann daher jetzt wegfallen.

privatrechtliche Bedeutung des fraglichen Umstandes, d. h. ob er Voraussetzung einer privatrechtlichen Wirkung ist, oder ob nur sein Gegentheil die Rechtswirkung hindert oder aufhebt, genau ermittelt ist. Es kann aus praktischen Gründen zur Hebung von gerechten Zweifeln nöthig sein, in dieser Beziehung einzelne gesetzliche Entscheidungen zu geben, und diese gibt man allerdings am besten im Privatrechtsbuch, aber nicht in einem besonderen Abschnitte, sondern im Anschlusse an die betreffende Materie. Auch sollte man solchen Regeln wenn irgend angängig die Form einer genaueren Bestimmung der privatrechtlichen Wirkungen der einzelnen Thatbestandsmomente geben, und es so zu erreichen suchen, daß die Erörterungen über die Behauptungslast (von der Beweislast ganz zu schweigen) aus den Privatrechtssystemen verschwinden, und die in das Gewand von Beweislastbestimmungen gekleideten Privatrechtsnormen wieder in ihrer Reinheit erscheinen.[1])

Von diesem Standpunkte aus würde ich den § 193 und den § 194 Abs. 1. B. G. als völlig entbehrlich ganz streichen, eventuell in die C. P. O. verweisen.[2])

Was die folgenden Bestimmungen anbetrifft, so würde ich § 195, der eventuell zu § 91 B. G. zu setzen wäre, und § 197, welcher in das Kapitel von den Bedingungen gehört, für ganz entbehrlich halten, da beide als ganz unbedenkliche Anwendungen des allgemeinen Prinzipes sich herausstellen. Namentlich ist § 91 bestimmt genug gefaßt, um darüber keinen Zweifel zu lassen, daß die Beobachtung der gesetzlichen Form eine regelmäßige und unumgängliche Vorbedingung der aus dem Geschäfte herzuleitenden Rechtswirkung ist.

Dasselbe gilt theilweise von § 194 Abs. 2. Wenn derselbe bestimmt: „Dies (d. h. daß der, welcher die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, diese besonderen Thatsachen zu beweisen habe) gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, wenn geltend gemacht wird der Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, oder wenn geltend gemacht wird, daß eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt worden sei", so ist das eine folgerichtige Anwendung des allgemeinen Prinzipes, soweit es sich um die Formabrede (§ 91)

---

[1]) So auch die Mot. I. S. 382.

[2]) Nicht ausdrücklich entschieden ist im Gesetze die Frage, ob und wieso diese Regeln auch auf negative Feststellungsklagen Anwendung finden sollen, und doch scheint mir diese spezielle Frage der positiven Regelung vorzugsweise bedürftig.

und um die Anfechtung wegen Drohung oder Betrug (§ 103) handelt. Insoweit ist die Bestimmung daher auch wohl entbehrlich. Eventuell wäre das Erforderliche zu § 91 bez. § 103 zu bemerken.

Soweit dagegen die Bestimmung den Mangel der Geschäftsfähigkeit und der Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung betrifft, ist sie in der Form inkorrekt und enthält früheren Bestimmungen des B. G. gegenüber eine offenbare Antinomie. Nach dem Abschnitte über die Rechtsgeschäfte erscheinen Geschäftsfähigkeit und Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung als ganz regelmäßige Voraussetzungen der Wirksamkeit des Geschäftes, nicht aber Geschäftsunfähigkeit und Willensmängel als besondere, die regelmäßige Wirksamkeit hindernde Mängel. Sie müssen daher, wenn das allgemeine Prinzip zur Anwendung gebracht wird, auch von dem behauptet und bewiesen werden, welcher aus dem Geschäfte Rechtswirkungen herleitet. Will man nun im Gegensatze dazu für den Prozeß erreichen, daß Geschäftsunfähigkeit und Willensmängel als Einreden figuriren, so muß man entweder die materiellen Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit und Willensübereinstimmung so ändern, daß sie nicht mehr als regelmäßige Voraussetzungen erscheinen, sondern ihr Gegentheil als besonderer Nichtigkeitsgrund, oder man muß für das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit und der Willensübereinstimmung eine juristische Präsumtion aufstellen, welche dann bei den betreffenden Materien zum Ausdrucke zu bringen wäre.

Nicht wohl entbehrlich ist § 196, insofern derselbe eine erst in neuerer Zeit allgemein und klar erkannte Wahrheit zum Ausdrucke bringt, nämlich die, daß in der Behauptung der Errichtung eines Geschäftes unter Bedingung oder Befristung kein Zugeständniß der Behauptung eines unbedingten oder unbefristeten Geschäftes liegt. Hier handelt es sich in der That blos um Beweislast, nicht um Behauptungslast. Am richtigsten würde die Bestimmung zu § 262 Abs. 2 C. P. O. zu bringen sein. Dafür, daß sie lediglich eine weitere Ausführung dieser Vorschrift ist, zeugt schon der Umstand, daß die Kommentare zur C. P. O. an dieser Stelle die Erörterung über die Frage geben. Die Wahl der richtigen Stelle würde aber auch hier eine richtigere Fassung zur Folge haben, etwa: „Nicht als Geständniß anzusehen ist die Behauptung einer anderen Art der Begründung einer Rechtswirkung, insbesondere die Behauptung einer bedingten oder befristeten Begründung."[1]) Inkorrekt ist § 239 B. G.:

---

[1]) Hölder, S. 154 bis 157, will den ganzen Abschnitt (§§ 193 bis 198) gestrichen haben; ebenso Bähr, S. 349. Auch Gierke, S. 1264, ist der Ansicht, daß der keine Schwierigkeit lösende Abschnitt nicht in das B. G. gehört;

„Wird von dem Schuldner die Unmöglichkeit einer Leistung geltend gemacht, so hat er zu beweisen, daß die Leistung nicht in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist." Zunächst hat das der Schuldner nicht zu beweisen, sondern nur zu behaupten. Ob er es auch beweisen muß, hängt davon ab, ob es bestritten wird und ob nicht etwa ein gerichtliches Geständniß oder Notorietät vorliegt, lauter Dinge, die im Prozeß zu erwägen sind. Daß aber der Schuldner eine Behauptung im Prozeß machen muß, liegt daran, daß privatrechtlich nach dem B. G. die Unmöglichkeit der Leistung ihn nur unter der Voraussetzung befreien soll, daß sie nicht in einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande ihren Grund hat. Hätte man das im B. G. genügend zum Ausdrucke gebracht, so wäre die Beweislastbestimmung überflüssig.

Ganz dieselbe Einwendung ist zu machen gegen die §§ 367, 379, 425, 668 Abs. 2, 1299 Abs. 3, 2008 B. G., während § 4 Abs. 1 völlig entbehrlich erscheint.[1]) Die Streichung des 10. Abschn. 1. Buches wäre aber auch dann zu befürworten, wenn man diese Einzelbestimmungen beibehielte.

Eine besondere Bewandtniß hat es mit dem § 366 B. G. Daß bei einem gegenseitigen Vertrage die Erfüllungsklage von der Behauptung abhängt, daß Kläger die ihm obliegende Leistung bewirkt habe, ist lediglich eine ganz natürliche Folge des in § 193 B. G. aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. Der Satz würde daher, wie § 193, entweder zu streichen oder in die C. P. O. zu übernehmen sein. § 366 bestimmt nun aber weiter, daß der Kläger dies „erst dann" zu behaupten habe, nachdem es Beklagter bestritten hat. Die Vorschrift statuirt also — für die Theorie etwas ganz Neues — eine Umkehr der natürlichen Folge von prozessualischer Behauptung und Bestreitung. Damit ist zunächst klar, daß die Bestimmung auch nach dieser Hinsicht in die C. P. O. gehört, wenn sie überhaupt nöthig ist. Der Inhalt derselben ist praktisch gar nicht so ungeheuerlich, wie es dem Theoretiker scheinen möchte. Die Sache macht sich praktisch so, daß, wenn unter den Parteien Differenzen hinsichtlich der Erfüllung seitens des Klägers nicht bestehen, im Prozesse von diesem Punkte wenig oder gar nicht die Rede ist, daß dagegen im anderen Falle in der Regel Beklagter es ist, welcher in der Klagebeantwortungsschrift den Mangel rügt, so daß Kläger nunmehr in der mündlichen

---

Goldschmidt, S. 82 bis 84, will ebenfalls nur den § 196 bestehen lassen. Gegen die Fassung das. S. 18.

[1]) Ebenso wie die §§ 1 bis 3 des B. G. — Aber das B. G. kann doch nicht mit der „Todeserklärung" anfangen!

Verhandlung volle Veranlassung hat, auf seine Klagbegründung in diesem Punkte ein besonderes Augenmerk zu haben.[1]) Es ist überhaupt nichts Ungewöhnliches, daß das Maß der Substantiirung der Klage sich nach dem Verhalten des Beklagten richten muß.[2]) Also gegen den Inhalt des Paragraphen ist nichts zu sagen. Aber man streiche ihn getrost. Denn was er sagen will, versteht sich von selbst. Man ist dann aber vor Mißverständnissen sicher und vermeidet den bei der Formulirung gemachten groben theoretischen Schnitzer.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß die Beweislast der Behauptungslast folgt, bilden namentlich die sog. einfachen Präsumtionen:[3]) „Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermuthet werde, so gilt dieselbe für erwiesen" (§ 198 B. G.) oder, ohne Fiktion und ohne die durch das B. G. wie durch die C. P. O. durchlaufende Verwechselung von „Behauptung" und „Thatsache"[4]) ausgedrückt: „Eine Behauptung, für welche eine gesetzliche Präsumtion vorliegt, ist ohne Beweis bei der thatsächlichen Feststellung so lange zu berücksichtigen, als nicht das Gegentheil feststeht."

Daß diese allgemeine Regel über Präsumtionen in die C. P. O. gehört, wo sie ihre Stelle hinter § 260 oder § 264 finden würde, ergibt sich unmittelbar aus ihrem Inhalt.[5]) Anders verhält es sich — und zwar aus praktischen Gründen — mit den einzelnen civilistischen Präsumtionen. Diese stehen im engsten Zusammenhange mit den Privatrechtssätzen, aus denen sie ihren Stoff entnehmen und deren Wirkung zu verstärken sie bestimmt sind. Sie werden deshalb in dem Privatrechtsbuch zu belassen sein.[6])

§ 198 B. G. hat auch die sog. praesumtio iuris et de iure im Allgemeinen sanktionirt. Es fragt sich, ob dazu ein praktisches Bedürfniß

---

[1]) Sollte Beklagter erst in der mündlichen Verhandlung mit der Rüge herauskommen, so ist auch jetzt noch der Kläger völlig in der Lage, seine Klagbegründung zu vervollständigen.

[2]) Vergl. pr. P. S. 718. — Ein weiterer Grund gegen diejenigen, welche auch heute noch die vollständige Substantiirung schon bei der Klageerhebung als obligatorisch hinstellen.

[3]) Vergl. pr. P. S. 24 u. 716, Zeitschr. S. 411.

[4]) Auch in den §§ 577, 435 C. P. O. der neuen Fassung ist dieses Versehen nicht vermieden. Gibt es denn „unwahre Thatsachen?" (§ 424 C. P. O.).

[5]) Vergl. auch Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes I, S. 127. — Es würde dann gleichzeitig aus § 16 E. G. C. P. O., welcher überhaupt der Revision bedürftig ist, Z. 1 zu streichen sein.

[6]) Z. B. die in § 1282 B. G. wiedergegebene praesumtio Muciana.

besteht. Um das ermessen zu können, müssen zunächst Fiktion und praesumtio iuris et de iure von einander abgeschieden werden.

Die Fiktion[1]) liegt in der Fassung des Rechtssatzes.[2]) Der fiktive Satz verordnet seinem Wortlaute nach, daß etwas nicht Wirkliches als wirklich, etwas nicht Nothwendiges als nothwendig angesehen werden soll. Der Zweck dieser unwahren Beimischung im Ausdruck ist lediglich ein gesetzestechnischer. An die Wirklichkeit des Fingirten zu glauben, befiehlt das Gesetz nicht. Bei den Römern, von welchen wir dieses technische Mittel übernommen haben, handelt es sich dabei um einen doppelten Zweck, nämlich einmal darum, die Rechtsänderung möglichst wenig bemerkbar zu machen, wie bei der immerhin prekären Gesetzgebungsgewalt des Prätors und dem starren Festhalten der Römer am Prinzip, wenn auch unter Aufgabe aller Konsequenzen, räthlich erschien. Sodann war die Fiktion eine bequeme Uebertragung von Rechtswirkungen von einem Thatbestand auf den anderen.

Bei dem heutigen Gebrauch der Fiktion kann es sich nur um Bequemlichkeitsrücksichten, um Erzielung einer kurzen, einfachen Fassung handeln. Gleichwohl sollte man aber die Fiktion nur da anwenden, wo sich dieses Ziel ohne Fiktion nicht erreichen läßt, und das wird nur selten der Fall sein. Denn fiktiv gefaßten Gesetzen gegenüber erwächst der Auslegung und Anwendung immer die besondere Aufgabe, die fiktive Fassung klarzulegen, die darunter verborgene Rechtsnorm ihrem wahren Inhalte nach aufzudecken, und dann, namentlich bei Folgerungen und Analogien, nur mit dem wahren Rechtssatze zu arbeiten.[3]) Daß dabei mannigfache Zweifel und Irrungen, verschuldet durch die fiktive Fassung, vorkommen können, hat die C. P. O. — ich erinnere nur an den langweiligen Streit über § 39 — sattsam bewiesen.

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 23 ff.

[2]) Z. B. der Satz: „Die Forderung geht durch den Ablauf der Verjährung unter", könnte in fiktiver Fassung lauten: „Verjährung gilt als Zahlung".

[3]) Zu welchen Ergebnissen würde man z. B. gelangen, wenn man auf Grund des § 129 Abs. 2 C. P. O.: „Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen" (statt nicht beweisbedürftig) an das bloße Nichtbestreiten alle Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses knüpfen wollte. — Die Philosophen gebrauchen den Terminus „Fiktion", welchen sie von der „Abstraktion" durchaus unterscheiden, zur Bezeichnung des Unrichtigen, Unlogischen. Z. B. mit der These „Das Ding an sich ist eine Fiktion" (Stock, Descartes' Grundlegung der Philosophie, Greifswalder Dissertation 1888, S. 67) wird dem „Ding an sich" überhaupt die Existenzberechtigung abgesprochen.

Das B. G. scheint — im Gegensatze zu dieser Auffassung — den reichlichen Gebrauch der Fiktion für das non plus ultra der Gesetzgebungskunst zu halten. Fast auf jeder Seite, häufig in einem Paragraphen mehrmals, sind Fiktionen zu lesen, für deren Anwendung nicht der geringste Grund ersichtlich ist, da sich dasselbe gerade so einfach ohne Fiktion sagen ließe. Dieser ganz beispiellos dastehende Mißbrauch der Fiktion ist offenbar eine Hauptursache des äußerlichen ungünstigen Eindruckes, den das B. G. hervorgerufen hat, und es wird daher eine der wichtigsten Aufgaben der zweiten Lesung sein müssen, hier Einfachheit und Natürlichkeit wieder herzustellen.[1])

Doch ich kehre, nach dieser Abschweifung, zur praesumtio iuris et de iure zurück. Ich halte den Versuch, praesumtio iuris et de iure und Fiktion begrifflich zu scheiden, keineswegs für aussichtslos. Die Eigenschaft als Präsumtion liegt im Inhalte, nicht in der Form des Rechtssatzes. Es handelt sich bei der praesumtio iuris et de iure um eine völlige und unbedingte Befreiung vom Beweise.[2]) Der praktisch freilich nicht sehr wichtige Unterschied von einem reinen Privatrechtssatz, welcher an den gleichen Thatbestand direkt eine privatrechtliche Wirkung knüpft, besteht in dem prozessualischen Erforderniß, daß bei der praesumtio iuris et de iure die Behauptung nicht nur ihrer Voraussetzung, sondern auch der durch dieselbe festzustellenden Thatsache erforderlich bleibt, während im anderen Falle blos die erstere Behauptung nothwendig ist.

Damit ist aber nur die Möglichkeit einer Begriffsbestimmung und Abgrenzung der praesumtio iuris et de iure dargethan, keineswegs aber die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Beibehaltung derselben. Im Gegentheil, es spricht Alles für ihre Beseitigung.[3])

Es ist schwer zu rechtfertigen, daß die thatsächliche Feststellung des einen Umstandes gesetzlich auf die Feststellung eines anderen so zu gründen ist, daß jeder Nachweis der Unrichtigkeit abgeschnitten ist. Handelt es sich um eine naturnothwendige Konsequenz, so ist die gesetzliche Sanktionirung überflüssig, handelt es sich nicht darum, so können nur, wie z. B. im Falle des § 150 C. P. O.,[4]) die dringendsten rechts-

---

[1]) Die gleiche Klage bei Gierke, S. 889 und Goldschmidt, S. 44.

[2]) Um bei dem früheren Beispiele zu bleiben, ließe sich die Wirkung der Verjährung, als praesumtio iuris et de iure normirt, so bestimmen: „Nach Ablauf der Verjährung wird unter Ausschluß des Beweises des Gegentheils vermuthet, daß die Forderung bezahlt ist.

[3]) Gegen die Beibehaltung auch Goldschmidt, S. 84.

[4]) Zeitschr. S. 433.

politischen Erwägungen es rechtfertigen, den Nachweis der Unrichtigkeit abzuschneiden. Liegen aber solche vor, so kann man statt der Präsumtion auch ebensogut einen einfachen Privatrechtssatz bilden, welcher direkt an die Präsumtions**voraussetzung**, nicht erst an die Präsumtions**folgerung** die betreffende rechtliche Wirkung knüpft. Jedenfalls könnte auf diese Art das einzige von den Motiven gegebene Beispiel einer praesumtio iuris et de iure leicht umgeformt, und damit das Institut aus dem B. G. ganz entfernt werden. Wenn nämlich die §§ 1466, 1468, 1470 eine entsprechende Fassung bekommen, so kann § 1469 ganz gestrichen werden. Man vergleiche folgende Fassung mit der des Entwurfes:

§ 1466. Ehelich ist das Kind, welches die Ehefrau während der Ehe empfangen oder geboren hat, wenn der Ehemann während der Empfängnißzeit der Ehefrau beigewohnt hatte.

§ 1468. Es wird vermuthet, daß der Ehemann während der Empfängnißzeit der Ehefrau beigewohnt hat.

§ 1470. Diese Vermuthung greift, wenn die Empfängnißzeit des Kindes ganz in die Zeit vor der Ehe fällt, nur dann Platz, wenn der Ehemann, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben, verstorben ist.

Indem so die Ehelichkeit, wie es ja auch den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, nicht an die direkt ganz unbeweisbare Thatsache der Erzeugung durch den Ehemann, sondern unmittelbar an die rechtlich allein relevante Kohabitation desselben geknüpft wird, ergibt sich ohne Weiteres eine einfachere und leichtere Normirung, sowie die erfreuliche Ersparniß der praesumtio iuris et de iure.

Im Uebrigen ist bei der Revision des Entwurfes Sorge zu tragen, daß nicht unter der Flagge der „Vermuthung" Kontrebande eingeschmuggelt wird.

Dahin rechne ich zunächst § 753 Abs. 2: „Es wird vermuthet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen". Dem Wortlaute nach und auf Grund der Definition in § 198 eine einfache Präsumtion, welche durch den aus der Liederlichkeit oder dem Eigensinne des Geschäftsherrn zu führenden Gegenbeweis beseitigt werden könnte. Die Motive (II S. 862) bestätigen zwar diese Auffassung, scheinen aber die daraus zuletzt gezogene Folgerung abschneiden zu wollen. Will man das aber, was durchaus zu billigen wäre, und sollen zugleich nicht auch hier wieder die Motive **gegen** das Gesetz den Ausschlag geben, so muß man das utiliter gestum objektiv bestimmen oder bezeichnen und die Präsumtion streichen.

Ein anderes Beispiel gibt § 21: „Die Todeserklärung begründet die Vermuthung, daß der Verschollene den Zeitpunkt ihrer Erlassung nicht überlebt habe.

In Ansehung der Beerbung des Verschollenen gilt die Vermuthung, daß er in diesem Zeitpunkte gestorben sei."[1])

Der Ausspruch im Todeserklärungsurtheil, daß A. für todt erklärt wird und als maßgebender Zeitpunkt ein gewisser Tag festgesetzt werde, gründet sich allerdings auf bestimmte Präsumtionen. Er selbst ist aber keine Präsumtion. Denn er hat privatrechtliche und nicht bloße prozessualische Wirkungen. Er will einen Tag feststellen, an den hinsichtlich solcher Personen, bei denen sich der wirkliche Todestag nicht feststellen läßt, die Wirkungen zu knüpfen sind, welche sonst der Todestag im Gefolge hat. Damit steht schon fest, daß es sich nicht um eine prozessualische Präsumtion im gewöhnlichen Sinne handelt. Man wollte auch hier mit dem Worte Vermuthung etwas ganz Anderes, nämlich den Privatrechtssatz zum Ausdruck bringen, daß im Falle der Ermittelung des Lebens oder des wahren Todestages des für todt Erklärten eine Aufhebung der Wirkungen der Todeserklärung mit Rückziehung eintritt, daß der durch die Todeserklärung festgestellte Tag nur ein Subsidiartag sein soll, daß die Rechtskraft der Todeserklärung eine noch weniger unabänderliche ist, als die des gewöhnlichen Urtheils. Da somit die Bestimmung eine materielle und nicht eine nur für die thatsächliche Feststellung im Prozeß bestimmte Präsumtion ist, so muß der inkorrekte Ausdruck Vermuthung hier fallen, und etwa gesagt werden: „Der Tag der Todeserklärung steht dem Todestage gleich, so lange nicht das Leben oder die Todeszeit des für todt Erklärten ermittelt ist", oder, wenn dies nur für das Erbrecht gelten soll: „Die Todeserklärung hat dieselbe Wirkung, als wenn der für todt Erklärte vorher gestorben wäre". Uebrigens entspringt die unrichtige Verwendung des Wortes Vermuthung für die Wirkung der Todeserklärung einer im Allgemeinen glücklich überwundenen Gepflogenheit, nach welcher die Wirkung von Urtheilen überhaupt als Präsumtion bezeichnet wurde.[2]) Das Gesetz ist hier in einen Fehler verfallen, den seine eigenen Motive (I S. 369) rügen.[3])

Nicht lediglich um eine Präsumtion und auch nicht um eine bloße

---

1) Dazu zu vergl. §§ 1235, 1464, 1465, 1557, 1560, 2089, 2090 B. G.

2) Vergl. Art. 1350 code civil.

3) Ein ähnliches Bedenken entsteht zu § 826 B. G. (zu vergleichen mit den §§ 837—839 B. G.). — Erschöpft die Aufstellung der prozessualischen Präsumtion die Bedeutung der Eintragung?

Beweislastfrage handelt es sich in dem Falle des § 729.[1]) Wer im Falle der römischen actio de effusis et dejectis haftet, soll frei sein, wenn er die Person nachweist, welche die beschädigende Handlung verübt hat, oder wenn er nachweist, daß er für die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht verantwortlich ist. Hier ist die privatrechtliche Wirkung der Befreiung der Haftung nicht von dem befreienden privatrechtlichen Thatbestande (Thäterschaft eines Anderen, mangelnde allgemeine Haftung), sondern von seinem Nachweise abhängig gemacht. Es wäre das entschieden inkorrekt, wenn man dabei an die Beweisführung im Rechtsstreit dächte. Man kann aber auch einen vor der Prozeßführung zu liefernden Nachweis mit befreiender Wirkung im Auge haben. Besser wäre es aber, jede Zweideutigkeit in dieser Beziehung zu vermeiden. Gegen die Konstruktion der Motive, nach welchen der Gebäudeinhaber selbst als der Schuldige vermuthet werde, muß aber Verwahrung eingelegt werden. Wenn man das wollte, so hätte man diese Vermuthung im Gesetze aufstellen müssen, womit dann die Sache — vielleicht gar nicht so übel — ihre Erledigung gefunden hätte.[2])

Von dem zweiten Titel, Todeserklärung, welcher übrigens mit dem ersten Titel, von dem nur § 4 Abs. 2 u. 3 von Erheblichkeit ist,[3]) kombinirt werden könnte, sind eine große Zahl von Bestimmungen rein prozessualischer Natur und deshalb in das 9. Buch der Civilprozeßordnung zu verweisen.[4]) — Die Todeserklärung, welche die Feststellung, daß die rechtlichen Wirkungen, welche aus dem Tode eines Menschen eintreten, in concreto einzutreten haben, mit Wirkung gegen Jedermann bezweckt, charakterisirt sich lediglich als ein Aufgebotsverfahren, als das Aufgebot eines Menschen. Wie nothwendig es aber ist, endlich die prozessualischen Bestimmungen über das Aufgebot an einem Orte vereinigt zu haben, ist bereits dargelegt. Die Motive geben für die ganz prinzipwidrige Uebernahme derselben in das B. G. nicht den geringsten Grund an. Die §§ 9 bis 20, 22 bis 24 B. G. wären also unter allen Umständen in die C. P. O. zu bringen,[5]) die §§ 5 bis 8, 21 können da-

[1]) Das B. G. selbst spricht hier nicht von Vermuthung, wohl aber die Motive (II S. 805).

[2]) Von den Präsumtionen zu unterscheiden sind auch die vorzugsweise für letztwillige Verfügungen gegebenen gesetzlichen Auslegungsregeln für den Zweifelsfall. Vergl. die §§ 1761 ff., 1766, 1769, 1771, 1772 bis 1776, 1778, 1788, 1802, 1803, 1811 B. G.

[3]) Vergl. übrigens Bekker, System und Sprache, S. 10 ff.

[4]) So auch Bekker a. a. O. S. 13, 86.

[5]) § 22 erscheint dann aber völlig entbehrlich. Die dort bezeichnete Wirkung der Aufhebung ergibt sich ganz von selbst.

gegen dem B. G. verbleiben.[1]) Dabei wird nicht übersehen, daß § 20 ein Ausschlußverfahren ohne Aufgebot, oder richtiger mit einem vereinfachten Aufgebot, anordnet. Dieser rein äußere Unterschied von dem Aufgebotsverfahren (das Wesen der Feststellung bleibt unverändert) dürfte aber um so weniger ein Hinderniß sein, den Paragraphen in das Kapitel über Aufgebote zu übernehmen, als im Uebrigen zahlreiche Vorschriften der C. P. O. über Aufgebot auch auf dieses Verfahren Anwendung finden. Will man bezüglich der Ueberschriften peinlich genau sein, so nenne man das 9. Buch der C. P. O., welches übrigens richtiger an achter Stelle stehen sollte, „Aufgebots- und Ausschlußverfahren".

Mit dem dritten Titel des zweiten Abschnittes (Altersstufen, Entmündigung, §§ 25 bis 29 B. G.) könnte, namentlich wenn der bis auf den in das Familienrecht zu verweisenden § 30 Abs. 3 ganz inhaltlose vierte Titel (Verwandtschaft, Schwägerschaft §§ 30 bis 33) gestrichen wird, der erste Titel des vierten Abschnittes (Geschäftsfähigkeit, §§ 64 bis 71) sehr wohl verbunden werden. Aus diesem Gebiete würde § 27 in das f. G. zu verweisen sein. Die §§ 28, 29 B. G. enthalten überflüssige Wiederholungen der §§ 593, 621 C. P. O. (in der durch Art. 11 des E. G. B. G. geänderten Fassung). Will man diese und zugleich die ganz unzulänglichen Definitionen von Geisteskrankheit und Verschwendung[2]) vermeiden, so ergibt sich die, ähnlich bereits von Bekker vorgeschlagene, Fassung: „die Entmündigung ist zulässig

1. wegen Geisteskrankheit,
2. wegen Verschwendung,
3. wegen unordentlicher Geschäftsführung,
4. wegen Mißbrauch von [Alkohol und anderen, z. B. Morphium, Kokaïn] nervenzerrüttenden Genußmitteln."

---

[1]) §§ 5 u. 6 ließen sich kombiniren: „Ein [Deutscher?] kann für todt erklärt werden, wenn" u. s. w. Es wäre dadurch das unleidliche „gilt als verschollen" (vergl. Bekker a. a. O. S. 68) vermieden, das auch in den §§ 7 u. 8 durch die Worte „kann für todt erklärt werden" zu ersetzen wäre. Wegen der nothwendigen Abänderung von § 21 s. o. S. 27.

[2]) Vergl. darüber Bekker a. a. O. S. 69, Hölder S. 33. Die Bedenken gegen die Definition der Geisteskrankheit, bei der man offenbar keinen Vertreter der Psychiatrie zu Rathe gezogen hat, scheinen aber noch schwerwiegender wie die gegen die Definition der Verschwendung. Werden die Worte „des Vernunftgebrauches beraubt" ernstlich und im Sinne der Psychiatrie genommen, so ist eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit kaum jemals möglich, da man auch in den Irrenanstalten Menschen ohne jeden Vernunftgebrauch nicht oder doch nur sehr spärlich finden wird. Soll die Definition aber nicht ernst genommen werden, wozu gibt man sie denn?

Es würde dabei hier zugleich die bereits anderweit gerügte Terminologie Mensch gleich Person, die namentlich, wenn der freilich besser zu vermeidende Terminus „Juristische Person" beibehalten werden sollte, ganz unleidlich wird, in Wegfall kommen.[1])

Die Verweisung auf § 613 Abs. 2 C. P. O. im § 71 Abs. 2 B. G. ist unschön. Die Bestimmung muß eine selbständige Fassung erhalten.

Aus dem Abschnitt „Juristische Personen" gehört § 57 nebst der Verweisung darauf in § 61 offensichtlich in die K. O. § 50 Abs. 3 hat Berührung mit dem f. G. Die nähere Bestimmung der Blätter in § 52 könnte unterbleiben.

Aus dem Abschnitte „Rechtsgeschäfte" würden die §§ 75, 76, 121 Abs. 3 in das f. G. zu verweisen sein.

Zu § 107 Abs. 1 würde zu erwägen sein, ob nicht die Worte „durch" bis „erfolgende" sowie „gesetzliches oder gerichtliches" ohne Schaden gestrichen werden könnten. Abs. 3 dieses Paragraphen gehört in die K. O., Abs. 4 in die C. P. O.

Ebenso würde zu prüfen sein, ob nicht in § 135 die Worte „von" bis „Arrestvollziehung" gestrichen werden könnten.

Von § 133 gehören Abs. 2 und 4 in die K. O. bez. C. P. O. Abs. 1 ist in der vorliegenden Form unerträglich, weil er der landläufigen Verwechselung der privatrechtlichen Kautionsforderung und des prozessualischen Arrestschutzes Vorschub leistet.[2]) Will man eine privatrechtliche Kautionsforderung gewähren, so muß die Bestimmung selbständig, ohne Beziehung auf den Arrest formulirt werden. Anderenfalls würde es genügen, daß in § 796 Abs. 2 C. P. O. die Worte „bedingter oder" eingeschoben werden.

Bei dem sechsten Abschnitte, „Zeitbestimmungen", ist mit Gierke[3]) zu fragen, warum § 149 B. G., anders wie § 200 C. P. O., die Sonntage und Feiertage bei der Endigung der Frist nicht ausgenommen hat.

Im Uebrigen hat zwar Art. 11 des E. G. die Bestimmungen der C. P. O. (§§ 199, 200) in eine gewisse Uebereinstimmung mit dem B. G. gebracht. Es dürfte aber vielleicht in dieser Materie, welche allen Zweigen der Gesetzgebung gemeinsam ist, angängig sein, die grundsätzliche Regelung nur in dem B. G. zu geben, die allgemeine Bedeutung dieser Normen

---

[1]) Vergl. Bekker a. a. O. S. 68. Auch in den §§ 13 und 18 C. P. O. würde „Mensch" statt „Person" gesagt werden müssen. Die C. P. O. hatte bisher die juristische Person nicht aufgenommen. Vergl. auch Meischeider, die alten Streitfragen, S. 4.

[2]) Vergl. Zeitschr. S. 427, pr. P. S. 770. Ueber die inhaltlichen Bedenken Goldschmidt S. 18.

[3]) S. 1257.

noch schärfer, als es in § 147 geschehen ist, zum Ausdrucke zu bringen und, soweit dies noch nöthig scheinen sollte, in allen anderen Gesetzen darauf zu verweisen. In der C. P. O. würden dann die §§ 199, 200 ganz fehlen oder durch den Satz: „Die Berechnung der Fristen richtet sich nach den Vorschriften des B. G.", ersetzt werden können.[1])

Das B. G. hat den Abschnitt über die Verjährung unter Aufgabe der Bezeichnung „Klagenverjährung" voll und ganz dem Privatrecht zugetheilt. Es ist das durchaus zu billigen.[2]) Da das Institut aber vornehmlich mit Rücksicht auf seine römische Entwickelung als praescriptio actionis dem Grenzgebiet zwischen Prozeß und Privatrecht angehört oder doch angehört hat, so erscheint es geboten, demselben im weiteren Verlaufe dieser Arbeit eine besondere Betrachtung zu widmen.[3]) Diese wird denn auch Gelegenheit bieten, einiges in den Normen über Verjährung enthaltene Prozessualische im Einzelnen zu erörtern.

Die Bestimmungen über Selbsthülfe sind mit Recht in das B. G. gebracht. Es dürfte das auch hinsichtlich des § 189 B. G. trotz seines Zusammenhanges mit dem Prozeßrechte gelten. Dagegen bietet die Fassung der §§ 188, 189 B. G. die Gelegenheit zu einer Bemerkung über Volksthümlichkeit bez. Gemeinverständlichkeit. Daß die Annahme, Jeder müsse die Gesetze kennen, lediglich eine Fiktion ist, daß die bei Abfassung des preußischen A. L. R.[4]) aufgestellte Forderung, daß das Gesetzbuch gleich Katechismus und Gesangbuch in Jedermanns Besitz sein und Jedem ohne Weiteres verständlich sein müsse, einer Utopie sehr ähnlich sieht, darüber ist heute alle Welt einig. Daraus darf man nun aber nicht folgern, daß das Gesetzbuch so komplizirt und den Bahnen einfachen und klaren Denkens entrückt zu gestalten sei, daß ein Laie mit dem Worte des Gesetzes überhaupt keinen Sinn zu verbinden vermag, und daß auch der Jurist erst nach langer Mühe den nächsten Sinn der Gesetzesworte zu ermitteln vermag, um sich dann noch in vielen Fällen durch die Motive belehren zu lassen, daß diese mit jenen Worten einen ganz anderen Sinn verbinden. Es ist in der That nicht zu viel verlangt, daß der Jurist, und regelmäßig auch jeder Gebildete, in den Gesetzesworten auch ohne Hülfe der Motive einen Sinn finden kann, und daß dieser Sinn auch zunächst zutrifft.

---

1) Ein Gleiches würde insbesondere für H. G. B., W. O. und St. P. O. zu erstreben sein. — Die §§ 196, 197 C. P. O. würden aus dem Titel „Zeitbestimmungen" in den Titel „mündliche Verhandlung" zu übertragen sein.

2) A. M. Gierke S. 1258, Hartmann im Archiv f. d. civilist. Praxis 73 S. 347.

3) s. u. § 10.

4) pr. P. S. 11.

In manchen Fällen wird man aber noch weiter gehen und die Anforderung stellen müssen, daß auch der einfache Bürger und Bauersmann das Gesetz verstehen kann, nämlich dann, wenn es sich um Gesetze handelt, welche Jeder auf eigene Verantwortung und ohne die Möglichkeit, sich rechtsverständigen Beirathes zu bedienen, handhaben muß. So wird es nicht zu viel verlangt sein, daß die Bestimmungen über erlaubte Selbsthülfe auf jedem Dorfe bekannt und verstanden sein müssen, daß sie wenigstens in die Dienstinstruktion der Gemeindevorsteher und Ortsschulzen aufgenommen werden können, damit sich der Bauer bei diesen vorkommenden Falles schleunige Auskunft holen könne. Und nun denke man sich die verdutzten Gesichter von Leser und Hörer, wenn die Lektüre also anhebt: „Selbsthülfe mittels Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt" u. s. w.[1])

Zu § 201 B. G. würde zu erwägen sein, ob nicht § 101 C. P. O. mit der Vorschrift in Einklang zu bringen ist.[2])

Wer an den Allgemeinen Theil eines Gesetzbuches den Maßstab der Pandektenlehrbücher anlegt, wird in dem Allgemeinen Theile des B. G. einen Abschnitt über „Rechtshängigkeit" vermissen. Man wird aber dem B. G. hier beizustimmen haben. Die allgemeinen Wirkungen der Rechtshängigkeit gehören in die C. P. O., und zwar auch die privatrechtlichen. Was die Einwirkung der Rechtshängigkeit auf besondere privatrechtliche Institute anbelangt, so kann es allerdings unter Umständen nicht angehen, die Regelung von der Ordnung des betreffenden Instituts überhaupt zu trennen, so z. B. die Einwirkung des Prozeßbeginnes auf Verjährung und Ersitzung. Aber dann gehört die Bestimmung in den betreffenden speziellen Theil des B. G., und ein besonderer Abschnitt über Rechtshängigkeit oder Streitbeginn bleibt entbehrlich.

Die auf die Steigerung der Haftung in Folge des Prozeßbeginnes gerichteten Vorschriften hat das B. G. theils im Obligationenrecht, theils im Sachenrecht, theils im Erbrecht gebracht.[3]) Es würde zu erwägen sein, ob nicht statt dessen entweder der römische Grundsatz, daß Kläger so zu stellen ist, wie wenn er schon zur Zeit des Prozeßbeginnes klaglos gestellt wäre, allgemein proklamirt werden könnte, und eine solche Regel würde ich am liebsten in der C. P. O. sehen, oder ob man nicht die Steigerung der Haftung ganz auf Mahnung und Verzug

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder S. 153, Bähr S. 344, Gierke S. 1263. Weitere Bedenken bei Hölder S. 151 ff., Goldschmidt S. 80.

[2]) Vergl. im Uebrigen Hölder S. 157.

[3]) Vergl. §§ 244 ff., 933 ff., 1017, 1155, 2085, 2086 B. G.

abstellen könnte. Der Prozeßbeginn käme dann nur insofern in Betracht, als die Klagzustellung regelmäßig die Mahnung ersetzt. Ob es übrigens gerathen ist, ganz allgemein und in Fiktionsform auszusprechen, daß Klagerhebung und Zustellung des Zahlungsbefehles als Mahnung gelten (§ 245 Abs. 1 B. G.), ist nicht unzweifelhaft. Denn wenn eine öffentliche Zustellung erfolgt, so erfährt regelmäßig der Beklagte nichts von der Klagerhebung. Man wird also die Folgen dieses Aktes nicht an die Mahnung, sondern nur an den Prozeßbeginn anknüpfen können.[1])

In einer anderen Beziehung ist dagegen auf eine empfindliche Lücke hinzuweisen. Es fehlt bisher, von Spezialbestimmungen abgesehen, an einer reichsrechtlichen Regelung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Eine solche ist aber für ein Rechtsgebiet, welches ein einheitliches Privatrecht und einen einheitlichen Civilprozeß haben will, ganz unentbehrlich. Es geht, nachdem Privatrecht und Prozeß einheitlich geworden sind, doch nicht an, daß bezüglich dieser Vorfrage alles prozessualischen Vorgehens die Landesgesetze maßgebend sind. Und wenn noch das Landesrecht auch nur der größeren deutschen Staaten eine erschöpfende Regelung hätte!

In Preußen herrscht in dieser Beziehung fast völlige Regellosigkeit. Der Richter soll im einzelnen Falle sein Urtheil finden. Das ist, wie ich schon früher gezeigt habe,[2]) auf rein logischem Wege nicht möglich. Es entscheiden vielmehr subjektive Anschauungen oder Gefühle des Richters, und durch den verschiedenen subjektiven Standpunkt hinsichlich der Frage, ob es zweckmäßig sei, den Rechtsweg zu erweitern oder einzuschränken, erklären sich vornehmlich die zahlreichen Meinungsverschiedenheiten zwischen den ordentlichen Gerichten und dem Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

Das Gerichtsverfassungsgesetz ist der Frage bekanntlich durch seinen § 13 aus dem Wege gegangen. Es bestanden damals doppelte Hindernisse der Lösung: die Verschiedenheit des Privatrechtes und die politische Seite der Frage.

Das erste dieser Hindernisse würde mit der angestrebten Einheitlichkeit des Privatrechtes fallen. Bezüglich des anderen wäre es zu wünschen, daß es gelänge, die Frage dem Parteikampfe zu entziehen und dann eine gedeihliche Lösung derselben zu finden. Man wird freilich einwenden, daß die Frage eine staatsrechtliche sei. Daraus folgt aber nur, daß sie nicht in dem B. G. selbst, sondern in dem E. G. oder in einem besonderen Gesetze zu entscheiden wäre. Ihre Lösung ist im Interesse der gedeihlichen Entwickelung unserer Rechtspflege und unseres Rechts un-

[1]) Vergl. hierzu Bähr S. 347.

[2]) Zeitschr. S. 413.

aufschiebbar. Zum wenigsten müßte das E. G. die Bestimmung enthalten: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen das erhobene Begehren auf die Normen des B. G. gegründet ist, sofern nicht durch Reichsgesetz Ausnahmen bestimmt oder zugelassen sind."

3. Recht der Schuldverhältnisse.

§ 4.

Die Grundsätze, nach denen über die Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites zu entscheiden ist, sind mit Recht in der C. P. O. enthalten. Wenn eine besondere Bestimmung in Bezug auf die Prozesse des Konkursverwalters in der K. O. (§ 9 Abs. 2) steht, so ist das deshalb gerechtfertigt, weil diese Prozesse zum Konkursverfahren im weiteren Sinne gehören.

Dagegen ist es nicht angängig, Regeln, welche das Prozeßgericht bei der Entscheidung über den Kostenpunkt unmittelbar zu beachten hat, im B. G. zu geben. Eine solche ist aber im § 308 enthalten, wenn bestimmt wird, daß der Schuldner, welcher von dem Zessionar vor formgerecht erfolgter Denunziation verklagt wird, für die Kosten, welche durch das Bestreiten der Uebertragung verursacht sind, „nicht haftbar" wird. Die Bestimmung bildet eine Ergänzung des § 89 C. P. O., welche, wenn sie überhaupt in dieser speziellen Fassung für nothwendig erachtet wird, als § 89a in die C. P. O. zu bringen ist. Uebrigens ist die Bestimmung schlecht gefaßt. Es handelt sich, wie die Motive (II, S. 138) bestätigen, nicht blos um Haftung gegenüber dem Gläubiger, sondern um die Kostenpflicht überhaupt, in der doch auch die Haftung gegenüber dem Gerichte steckt.

Die Bestimmungen in §§ 402 und 403 B. G. gehören, insoweit sie eine Ausdehnung der für die probatio in perpetuam rei memoriam in den §§ 447, 450 C. P. O. gegebenen Voraussetzungen für den Fall von Viehmängeln statuiren, rein prozessualische Vorschriften.[1]) Auch die Bestimmung des § 406 über den Verkauf des Thieres während des Rechtsstreites auf einseitigen Antrag würde ich lieber in der C. P. O. sehen.

Die in § 304 gegebene Regel, daß ein rechtskräftiges Urtheil, welches in einem nach der Zession zwischen Zedenten und Schuldner an-

[1]) Dabei wäre zu erwägen, ob durch Ersatz des „kann" in § 450 C. P. O. durch „muß" es nicht den Parteien zu ermöglichen wäre, jede von ihnen übereinstimmend für nothwendig erachtete Beweisaufnahme vor der Verhandlung der Sache vornehmen zu lassen. Es wäre dadurch ein Mittel gegeben, in zahlreichen Civilprozessen die doppelte mündliche Verhandlung zu sparen.

hängig gewordenen Rechtsstreit ergangen ist, in der Regel dem Zessionar entgegensteht, stände besser mit der gesammten Ordnung der Rechtskraft in der C. P. O.

Eine höchst bedenkliche Bestimmung ist die des § 746: „Ist eine Leistung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheiles bewirkt und wird das Urtheil aufgehoben, so ist der Rückforderungsanspruch schon mit dem Zeitpunkte der Leistung als rechtshängig geworden anzusehen.“

Was soll diese neu erfundene Fiktion der Rechtshängigkeit? Die Motive (II, S. 848) sagen, weil nach Erlaß eines vorläufig vollstreckbaren Urtheiles nach den Vorschriften der C. P. O. die Rechtshängigkeit des Hauptanspruches fortdauere, so sei auch der Rückforderungsanspruch sofort mit der Leistung als rechtshängig geworden anzusehen. Da dies aus der C. P. O. jedoch nicht zur Genüge hervorgehe, so sei eine jene Auffassung anerkennende Bestimmung hier nothwendig gewesen.

Richtig ist daran nur, daß eine solche „Rechtshängigkeit“ aus der C. P. O. nicht nur nicht zur Genüge, sondern überhaupt gar nicht hervorgeht. Im Uebrigen wird auch durch die Motive die Lösung dieses Räthsels nicht gefördert. Dem äußeren Anscheine nach handelt es sich um eine Fiktion. Wie weit soll mit derselben Ernst gemacht werden? Soll insbesondere die Geltendmachung der Rückforderung in einem besonderen Rechtsstreit verboten sein?

Jedenfalls ist die Bestimmung lediglich eine Ergänzung des § 655 C. P. O. und dorthin muß man sie, aber in einfacher und klarer Fassung, stellen.

Aus den Bestimmungen über das Aufgebot der Inhaberpapiere (§§ 692—696) ist ebenfalls das Prozessualische zu entfernen und in die C. P. O zu übernehmen.

§ 724 Abs. 4 ist lediglich eine nähere Bestimmung der Regeln der C. P. O. über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Alimentenurtheile, welche bei § 648 Nr. 6 C. P. O. ihren Platz finden muß.

Die besonderen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen, welche eine Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug oder nach Empfang der Vorleistung oder eine alternative Verurtheilung nach Wahl des Schuldners aussprechen (§§ 865 Abs. 2[1]) und § 210 Abs. 1), gehören ebenso offensichtlich in die C. P. O.[2]). Es ist um so weniger

---

[1]) Vergl. auch § 428 B. G.

[2]) Vergl. auch Mot. II, S. 8.

Veranlassung, dieselben in dem B. G. zu behalten, als Art. 11. E. G. B. G. einen neuen, ebenfalls die Vollstreckung von Urtheilen auf Erfüllung Zug um Zug betreffenden § 676a in die C. P. O. einschalten und die §§ 664 Abs. 2, 684 C. P. O. in dieser Richtung abändern will.[1])

Die in dem Titel über „Kauf und Tausch" untergebrachten §§ 468, 485 B. G. enthalten ebenso wie der im allgemeinen Theile des Vertragsrechtes stehende § 395 Vorschriften, welche für die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung bestimmt sind, namentlich Verbot des Auftretens der Vollstreckungsorgane als Käufer, Ausschluß des Vorkaufsrechtes und Ausschluß der Gewährleistung wegen Mängel. Diese Bestimmungen gehören ebenso wie die §§ 717, 718 C. P. O. in die C. P. O. Da sie auch für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gelten, so sind sie entweder zu den allgemeinen Bestimmungen zu setzen, oder es ist, was vorzuziehen sein dürfte, bei der Ordnung der Immobiliarzwangsversteigerung auf dieselben Bezug zu nehmen. Auf diese Art wird es zugleich verhütet, daß in dem Streite darüber, ob bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ein Kaufvertrag abgeschlossen werde oder nicht,[2]) aus der Stellung dieser Paragraphen in den Titeln „Kauf und Tausch" bez. „Rechtsgeschäfte unter Lebenden" ein beiläufiges Argument entnommen wird. Es kann nicht die Absicht der Kommission sein, diese Streitfrage hier ganz nebenher entscheiden zu wollen. Jedenfalls wird sie dadurch und selbst durch den gesetzlichen Gebrauch des Wortes „Kaufvertrag" in Bezug auf diese Art der Veräußerung nicht entschieden. Die Antwort ist lediglich im Wege der Konstruktion aus der Gesammtheit der das Institut beherrschenden Normen zu entnehmen.[3])

---

[1]) Inhaltlich erscheint es fraglich, ob nicht die getroffene Regelung zu komplizirt ist. Will man im Allgemeinen für die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung von dem Nachweise der Befriedigung oder des Verzuges absehen, so dürfte es, statt davon Ausnahmen zu machen und fakultativ noch eine zweite, vollkommenere Art von Ausfertigung einzuführen, einfacher sein, auch in den Fällen der §§ 684, 779 C. P. O. eine Bescheinigung des Gerichtsvollziehers über vergebliches Angebot genügen zu lassen. Oder man legitimire in allen Fällen den Gerichtsvollzieher zur Vornahme des Angebots auch ohne vollstreckbare Ausfertigung und ertheile dann die Ausfertigung stets nur auf Grund des Nachweises dieses Angebots.

[2]) Vergl. Krech u. Fischer, Zw. O. S. 108 ff., 803, pr. P. S. 747, 757.

[3]) Pr. P. S. 27 u. 28; s. o. § 1 S. 4. — § 469, welcher den § 468 auf Veräußerungen anderer Art ausdehnt, ist eventuell in das f. G. aufzunehmen.

Auch die Bestimmungen über die Ueberweisung von Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 294 Abs. 1 [zum Theil], Abs. 3 u. § 307) gehören in die C. P. O. zu § 736. Wer die Motive zu § 294 Abs. 2 (II S. 120, 121) unbefangen liest, glaubt sicherlich die Motive zu einer Prozeßordnung zu lesen.

Die Konkursordnung hat ihren Bestimmungen über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte eine Klausel angehängt, durch welche anderweitige besondere Bestimmungen über die Einwirkung des Konkursverfahrens auf Rechtsgeschäfte bestehen bleiben (§ 20 K. O.). Es wäre jetzt an der Zeit gewesen, diese Vorschrift durch die Aufnahme der Spezialbestimmungen in die K. O. selbst zu ersetzen. Statt dessen hat das E. G. (Art. 13) den § 20 K. O. nur unwesentlich verändert, und sind die Bestimmungen über Einwirkung des Konkurses auf Auftrag und Gesellschaft in dem B. G. (§§ 602, 653) gegeben, während die Vorschriften hinsichtlich der Fixgeschäfte, sowie bezüglich Sachmiethe, Pacht und Dienstmiethe der K. O. verbleiben. Ein Prinzip ist darin nicht zu entdecken.

Die Vorschrift des § 277 B. G., daß ein solvendi causa gemachtes Depositum nicht zur Konkursmasse gehört — eine Regel, die nur mit Rücksicht auf das im B. G. anerkannte Recht der Zurücknahme eines besonderen Ausdruckes bedarf — gehört in den § 1 K. O.

Sehr bedenklich ist § 297 B. G., insofern derselbe bei einer Zession die im § 54 K. O. festgesetzten „Vorzugsrechte" im Konkurse auch dem Zessionar zuspricht. Nicht als ob dem Zessionar die Befriedigung nach dieser Rangordnung zu versagen wäre. Aber es ist eine das prozessualische Wesen der Rangordnung im Konkurse verkennende Auffassung, wenn man die der Forderung im Konkurse gegebene Stellung als ein mit der Forderung verbundenes privatrechtliches Vorzugsrecht auffaßt. Jedenfalls aber gehört die Bestimmung in die K. O. zu § 54.

Von den über Tilgung einer Verbindlichkeit durch Hinterlegung der Schuld bez. durch Hinterlegung des Erlöses aus der geschuldeten Sache handelnden §§ 272—280 würden die Vorschriften über das Verfahren dem f. G. zu überweisen sein. Durch das hier dem Schuldner gegebene Recht der Zurücknahme wird die Materie ganz unnöthig komplizirt. Dafür, daß im Falle einer nicht gerechtfertigten Hinterlegung, insbesondere bei einer irrthümlichen Hinterlegung, der Schuldner das Hinterlegte zurückerhalten kann — der einzige Grund, den die Motive für die Bestimmung anführen —, würde auch sonst gesorgt sein. Freilich würde dann die nöthigenfalls prozessualisch zu erzwingende Bewilligung des Gläubigers, zu dessen Gunsten hinterlegt ist, erforderlich sein. Es wäre das aber völlig gerechtfertigt, zumal ein besonderes öffentliches Interesse daran, daß von dieser Hinterlegung

ein reichlicher Gebrauch gemacht werde, nicht besteht. § 273 Abs. 2 erscheint überflüssig.

§ 769 Abs. 2 B. G. gehört in das f. G. Es würde dadurch auch besser, als es jetzt geschehen ist, zum Ausdruck gebracht, daß die Veräußerung zum Zwecke der Auseinandersetzung, obwohl sie nach den Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts erfolgt, doch nicht zur streitigen, sondern zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört.[1]) Ein ähnlicher Gesichtspunkt greift hinsichtlich des § 777 B. G. Platz, welcher den im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzunehmenden privatrechtlichen Offenbarungseid regelt, und hinsichtlich des Verfahrens gewisse Bestimmungen über den Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren maßgebend sein läßt. Auf das Verfahren sollen nämlich die §§ 780, 781 Abs. 1, 783 C. P. O. mit der Maßgabe Anwendung finden, daß auch der Verpflichtete laden kann. Dasselbe ließe sich ebenso kurz, aber viel klarer und deutlicher, ohne Bezugnahme auf die C. P. O. sagen. Vor Allem wird es dann vermieden, daß eine der trostlosesten Kontroversen des Civilprozeßrechtes, nämlich die, ob das Gericht vor der Terminsbestimmung die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Eidesleistung zu prüfen hat, und die damit in Verbindung stehende Frage, ob mit der Eidesabnahme auch in Abwesenheit des Gläubigers zu verfahren ist, ganz ohne Noth auf dieses durchaus anders geartete Gebiet übertragen wird.[2]) Dem Berechtigten einseitig das Ladungsrecht zu geben, mag aus praktischen Gründen gerechtfertigt sein. Doch ist daran festzuhalten, daß im Falle des Nichterscheinens des Schuldners das Verfahren zunächst erledigt ist.

Die Motive (II S. 895) benutzen diesen Paragraphen, um zwei offenbar unrichtige Bemerkungen zu machen, gegen welche von vornherein Verwahrung einzulegen ist. Sie meinen, im Falle der Eidesweigerung sei der Gläubiger im Allgemeinen auf die Geltendmachung seines Interesses beschränkt. Das ist unrichtig, wäre auch gerade in diesem Falle sehr unpraktisch. Der Schuldner kann — nach vorgängiger Verurtheilung im Wege des ordentlichen Rechtsstreites — zur Eidesleistung durch Geldstrafe und Haft angehalten werden (§ 774 C. P. O.). Sie meinen ferner, daß das Verfahren zur Abnahme des privatrechtlichen Offenbarungseides unter Umständen ein Vollstreckungsverfahren sei, nämlich dann, wenn eine rechtskräftige Verurtheilung zur Eidesleistung vorläge. Auch das hätte bei Beachtung der vorhandenen Lite-

---

[1]) Zeitschr. S. 417, pr. P. S. 223, Krech u. Fischer, Zw. O. S. 825.
[2]) Archiv f. d. civ. Praxis 70, S. 347.

ratur vermieden werden können. Nur die auf Erzwingung der Eidesleistung nach § 774 C. P. O. gerichteten Handlungen sind Vollstreckungshandlungen; das Verfahren behufs Eidesabnahme ändert seinen Charakter nicht, es gehört nach wie vor zur freiwilligen Gerichtsbarkeit.[1]) Deshalb ist es auch verwirrend, wenn § 780 C. P. O., der von dem Vollstreckungsgericht spricht, hier entsprechende Anwendung finden soll.

In eigenthümlicher, der römischen actio ad exhibendum nachgebildeter, Weise behandeln die §§ 774, 775 B. G. das Recht auf Besichtigung von Sachen und Einsichtnahme von Urkunden in solchen Fällen, in denen im Uebrigen eine besondere privatrechtliche Forderung auf Gestattung der Besichtigung oder Einsichtnahme nicht besteht, aber ein Interesse an der Besichtigung vorhanden ist. Voraussetzung des Rechtes ist bei der Besichtigung von Sachen überhaupt, daß der Besichtiger sich Gewißheit darüber verschaffen will, ob ihm in Ansehung der Sache ein Recht zustehe. Bei den Urkunden kommt ein weiterer Grund hinzu: „sofern die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen in einem Rechtsstreite ein Dritter nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu der durch Beweisbeschluß für erheblich erklärten Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist". Auf die Frage nach diesen Voraussetzungen antwortet zunächst § 394 C. P. O.: „Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet", also eine weitere Verweisung, bei der man fragt, warum nicht § 775 B. G. direkt auf den Gegner verweist. Die sachliche Antwort geben uns dann die §§ 387, 388 C. P. O.

Demgegenüber würde man eine selbständige Fassung des § 775 ohne Bezugnahme auf die C. P. O. fordern müssen, falls die Bestimmung in dem B. G. verbleiben soll.

Es würde sich aber für beide Paragraphen ein anderer Weg wohl mehr empfehlen. Die einzige sachliche Voraussetzung des § 774 ist die, daß der die Besichtigung Begehrende sich darüber zu unterrichten wünscht, ob er einen „Anspruch" habe. Die Motive[2]) bemerken dazu, Anspruch und Interesse müßten erforderlichenfalls bewiesen werden, Glaubhaftmachung genüge nicht. Ist das richtig, dann ist das Recht zur Besichtigung, um sich darüber zu unterrichten, ob man einen Anspruch habe, illusorisch. Denn was soll eine solche Besichtigung nach dem Beweis des Anspruches und was hilft sie zur Durchsetzung des Anspruches, wenn dieser vorher bewiesen sein muß? Stellt man sich aber auf einen

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis 70, S. 349.

[2]) II S. 891.

entgegengesetzten Standpunkt, so steht das Besichtigungsrecht völlig schrankenlos da.

Diese Erwägungen führen zu folgendem Vorschlage: In der C. P. O. fehlt es an einer Bestimmung über die Voraussetzungen, unter welchen der Prozeßgegner oder ein Dritter die Augenscheinseinnahme dulden muß. Eine solche Vorschrift wäre zu § 336 zu geben und dann § 774 B. G. dadurch überflüssig zu machen, daß in dem Abschnitte über Sicherung des Beweises die Bemerkung aufgenommen würde, daß dieses Verfahren auch dann zulässig ist, wenn der Gesuchsteller sich erst über sein angebliches Recht zu unterrichten wünscht.

§ 775 B. G. wäre dann durch einen Zusatz zu § 394 C. P. O. zu ersetzen, nach welchem die dort bezeichnete Klage auch vor Anhängigmachung des Rechtsstreites, in dem die Urkunde benutzt werden soll, angestellt werden kann.

Eine Reihe anderer Bestimmungen aus dem zweiten Buche gehört zwar an sich in das B. G. Die Beziehungen zum Prozeßrecht bieten aber die Veranlassung zur Erörterung von Bedenken hinsichtlich der Fassung.

So ist die Bestimmung über die Konkurrenz einer Fahrlässigkeit des Beschädigten in § 222 nicht nur für den Prozeß, sondern auch für das schiedsgerichtliche Verfahren, für Vergleichsverhandlungen, überhaupt auch zur privatrechtlichen Anwendung bestimmt. Daher muß die Beziehung auf das Gericht, welche den Eindruck erweckt, als ob ein derartiger Fall ohne Prozeß gar nicht erledigt werden könnte, vermieden und etwa gesagt werden: „Inwieweit eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, welche bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens mitgewirkt hat, die Schadensersatzpflicht ganz oder theilweise ausschließt, hängt von den Umständen des Falles, insbesondere davon ab, wessen Fahrlässigkeit überwogen hat."

Auch § 724 B. G., welcher den im Falle einer schuldhaften Tödtung zu leistenden Schadensersatz normirt, hat unter einer lediglich auf die Entscheidung durch das Gericht zugeschnittenen Fassung zu leiden.[1] Zum Theil gehört derselbe aber ganz offenbar in die C. P. O.[2]

Für die Bestimmungen der §§ 288, 296 B. G., welchen die dem Zugriffe im Wege der Zwangsvollstreckung entzogenen Forderungen, auch der Kompensation und Zession entziehen, ist zuzugeben, daß hier ausnahmsweise das Zwangsvollstreckungsrecht den Ausgangspunkt für die

[1]) Ein ähnliches Bedenken besteht gegen § 728 B. G. Schwerer wiegen aber hier die inhaltlichen Bedenken, welche nicht in meine Aufgabe fallen.

[2]) Vergl. auch § 1493 B. G.

weitere privatrechtliche Entwickelung gebildet hat, und daher gegen die Bezugnahme auf die Prozeßordnung nichts zu sagen. Gleichwohl wäre die weniger spezielle Fassung „nach Maßgabe der Prozeßgesetze" zu empfehlen.[1])

Die §§ 375, 376 B. G., welche die nähere Bestimmung der Eviktion enthalten, beginnen zunächst mit der sehr wohl vermeidbaren fiktiven Fassung: „ist als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen". Im Uebrigen könnte, namentlich wenn man schon mit dem Anerkenntniß des Erwerbers die Eviktion als gegeben nimmt, die Beziehung auf den Prozeß weniger speziell sein.

Die Bestimmungen über den Vergleich (§§ 666, 667) gehören in das B. G., freilich besser in den allgemeinen Theil. Sie haben aber auch für den Prozeß großes Interesse, da sie, soweit das Prozeßrecht nicht entgegensteht, auch bei dem gerichtlichen Vergleich Anwendung finden müssen.

Zunächst die Begriffsbestimmung: „Als Vergleich gilt (soll heißen „Vergleich ist") der gegenseitige Vertrag, durch welchen ein unter den Vertragschließenden streitiges oder ungewisses Rechtsverhältniß außer Streit oder Ungewißheit gesetzt wird". So oder ähnlich ist auch bei Windscheid und in den meisten anderen Pandektenlehrbüchern zu lesen. Aber praktisch werden tagtäglich vor Gericht zur Erledigung von Prozessen oder im Sühneverfahren und vor dem Schiedsmann Verträge geschlossen, nach denen der Schuldner anerkennt, aber Ratenzahlung und dergl. bewilligt erhält, obwohl von einer Ungewißheit oder Bestrittenheit der geltend gemachten Forderung nicht die Rede sein kann. Bisher sind solche Verträge, wie alle Verträge, welche einen Prozeß erledigen, mit vollem Rechte zu den Vergleichen gerechnet.

Soll das in Zukunft anders werden, dann würde man solchen Verträgen ihre prozeßerledigende Kraft und ihre Vollstreckbarkeit ohne jeden Grund entziehen. Es bedarf daher einer weiter gefaßten Definition des Vergleiches, wenn man ihn überhaupt definiren will.

---

[1]) Bei der Aufrechnung ist auch im Uebrigen die richtige Grenze zwischen Prozeß und Privatrecht innegehalten, insofern die §§ 281 bis 289 B. G. das Privatrechtliche enthalten, während die §§ 136 Abs. 3, 274 C. P. O. der neuen Fassung das Prozessualische in einer gegenüber den gegenwärtigen Bestimmungen verbesserten Weise bringen. Inkorrekt erscheint mir die neue Fassung des § 136 Abs. 2 C. P. O., welche lautet: „Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben [früher: „Gegenforderung vorgebracht"] hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht". Nicht die Widerklage, sondern die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung steht mit der in der Klage geltend gemachten Forderung in rechtlichem Zusammenhange.

Eine fernere Frage ist die, wie sich die Anfechtung gerichtlicher Vergleiche wegen Irrthums auf Grund des § 667 Abs 2 prozessualisch gestalten soll, und ob man insbesondere an den in § 686 C. P. O. für Urtheile gewiesenen Weg gebunden ist. Die §§ 704 und 705 C. P. O. lassen erkennen, daß § 686 zunächst auf vollstreckbare Titel jeder Art Anwendung finden soll. § 705 Abs. 4, welcher den § 686 Abs. 2 für gerichtliche Urkunden außer Kraft setzt, findet nach richtiger Ansicht auf gerichtliche Vergleiche keine Anwendung.[1]) Also bleibt § 686 Abs. 2 C. P. O. auch für Vergleiche in Kraft. Dann wären aber nur Einwendungen, welche erst nach Abschluß des Vergleiches entstanden sind, zulässig, also Geltendmachung von Irrthum und anderen Mängeln des Vergleiches selbst ausgeschlossen. Es ergibt sich also hier eine Lücke oder richtiger eine Verkehrtheit der C. P. O., welche durch eine prozessualische Bestimmung über Einwendungen gegen gerichtliche Vergleiche beseitigt werden muß.

4. Sachenrecht.

§ 5.

Die §§ 822 bis 824 B. G. sprechen von Besitzklage nnd Besitzprozeß. Man sollte danach annehmen, daß der Entwurf gegenüber der C. P. O., welche den Besitzprozeß als besondere Prozeßart nicht kennt, sondern voraussetzt, daß die Begehren, welche sich auf das Rechtsverhältniß des Besitzes gründen, in den Formen des ordentlichen Rechtsstreites erledigt werden, zum früheren gemeinen Civilprozeßrecht zurückkehren wolle, welches den Besitzprozeß als eine der sog. unbestimmt summarischen Prozeßarten behandelte. Freilich würde man dann fragen müssen: Warum wird die Einführung einer neuen Prozeßart nicht mittelst Aenderung der C. P. O. vorgenommen? Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber, daß es sich größtentheils um privatrechtliche Sätze handelt, welche eine inkorrekte prozessualische Fassung erhalten haben, und daß auch das in jenen Paragraphen steckende Prozessualische keineswegs ausreicht, um die Annahme eines Besitzprozesses als einer besonderen Prozeßart zu rechtfertigen.

§ 822 B. G. ist seinem Inhalte nach ganz privatrechtlich. Er will als Ergänzung zu § 814 bestimmen, daß der Forderung auf Wiedereinräumung der Inhabung ein Recht des fehlerhaften Inhabers auf die Inhabung, der Forderung auf Wiederaufhebung einer Störung ein Recht des Störers zur Vornahme der störenden Handlung nicht entgegensteht.

---

[1]) Seuffert, Kommentar zur C. P. O. Anm. 1 zu § 705, Kreck u. Fischer, Zw. O. S. 142.

Das läßt sich so, wie es hier geschehen ist, oder ähnlich als § 814 Abs. 2 geben, ohne daß vom Prozesse die Rede zu sein braucht.

§ 824 B. G. will die aus der verbotenen Eigenmacht hervorgehenden Forderungen zeitlich beschränken. Er thut dies aber in einer ganz abnormen und gekünstelten Weise: „Im Besitzprozesse können als verbotene Eigenmacht Handlungen nicht mehr geltend gemacht werden, seit deren Vornahme zur Zeit der Geltendmachung eine längere Frist als ein Jahr verstrichen ist." Das ist eine Art Prozeßverjährung, wie sie sonst gar nicht vorkommt. Die Norm könnte aber in einfachster Weise dadurch rein privatrechtlich gestaltet werden, daß die Forderung aus der Eigenmacht befristet oder einer kurzen Verjährung unterworfen wird.

Auch § 823 Abs. 2, welcher in seiner jetzigen Fassung die Prozeßvorschrift gibt, daß, wenn in petitorio der Besitzbeklagte gesiegt hat, in possessorio die Hauptsache vorbehaltlich der Entscheidung über den Kostenpunkt als erledigt anzusehen sei,[1]) wird durch die beiden Privatrechtssätze, daß der Besitzer demjenigen weichen muß, dessen besseres Recht auf Inhabung festgestellt ist, daß aber der Besserberechtigte gegen den Inhaber keine Eigenmacht gebrauchen darf, ohne weiteres ersetzt werden können.

Es bleibt als Prozeßvorschrift nur übrig § 823 Abs. 1: „Durch die Erhebung der Besitzklage wird die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch die Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert." Der Inhalt dieser Regel ergibt sich eigentlich von selbst. Hält man gleichwohl eine ausdrückliche Bestimmung für nöthig, so ist dieselbe in die C. P. O. zu § 235 Abs. 2 Z. 1 zu setzen.[2])

§ 872 Abs. 3 B. G. bietet die Veranlassung, auf ein bisher wenig beachtetes Verhältniß hinzuweisen. Bei einer Leistungsklage ist in der Regel nur derjenige passiv legitimirt, welcher zu der betreffenden Leistung verpflichtet ist. Das kann sich ändern, wenn nicht persönliche Leistungen, sondern Realobligationen, reine dingliche Rechte oder eine bloße Feststellung in Frage stehen. Bei den dinglichen Rechten handelt es sich für die Passivlegitimation nicht um einen persönlich haftbaren Schuldner, sondern um einen Repräsentanten der haftenden Sache.[3]) Es ist das meistens der Eigenthümer. Nothwendig ist das jedoch nicht, wie die durch Art. 764 H. G. B. festgesetzte Passivlegitimation des Schiffers

---

[1]) Auf diese Wendung werde ich noch zurückkommen. S. u. § 6 S. 53.

[2]) Aehnlich wie das, m. E. nicht zu billigende, Verbot der Verbindung von petitorium und possessorium zu § 232 C. P. O. gestellt ist.

[3]) pr. P. S. 707.

zeigt. Der Schiffer, welcher wegen Schiffsschulden im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen wird, ist Partei, nicht gesetzlicher Vertreter.[1]) Im § 872 Abs. 3 B. G. handelt es sich um den Fall, daß das bisherige Eigenthum eines Grundstückes durch Dereliktion verloren gegangen, ein neues Eigenthum durch Eintragung des Zueignungsberechtigten aber noch nicht erworben ist. Hier fehlt es an einem Repräsentanten des Grundstückes und damit für die dinglich Berechtigten, insbesondere die Hypothekengläubiger, an dem zum Betriebe der Zwangsvollstreckung und des derselben vorhergehenden Prozesses unerläßlichen Gegner. § 872 Abs. 3 will nun in der Weise helfen, daß das Gericht, vor welchem das Verfahren stattfinden soll, auf Kosten des Realprätendenten „einen Vertreter bestellt, welchem bis zur Eintragung eines neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der aus dem Eigenthum sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen obliegt". Das Vorbild der Bestimmung ist, wie auch die Motive hervorheben (III S. 327) der § 55 C. P. O. gewesen. Es fragt sich nun zunächst: „Ist der so Bestellte wirklich ein Vertreter?" Bisher war es anerkannt, daß von Vertretung nur da die Rede sein könne, wo Jemand über Rechte und Pflichten eines Subjektes lediglich in dem Interesse des Rechtssubjektes selbst zu verfügen hat. Wer ist hier, bei einem herrenlosen Grundstück, das Subjekt der Rechte und Pflichten? Offenbar Niemand. Soll nun dieser Niemand vertreten werden, oder wie die Motive auch andeuten, das Grundstück, welches also durch die Dereliktion, ähnlich wie der römische Sklave durch die Freilassung, mit der Herrenlosigkeit auch Persönlichkeit erhielte? Wie will man prozessualisch rubriziren? Klage des Hypothekengläubigers A. gegen die Wiese B., vertreten durch den H.?[2]) Denn dem Erfordernisse der Bezeichnung nicht blos des Vertreters, sondern auch der Partei selbst, wird man nach § 230 Abs. 2 Z. 1 C. P. O. genügen müssen, wenn man nicht die absolutio ab instantia wegen mangelhafter Klageerhebung erleiden will. Die Motive setzen sich über die Schwierigkeit mit der beliebten Wendung hinweg, daß die Frage augenscheinlich nur eine theoretische sei. Daß sie das nicht ist, zeigen schon vorstehende Bemerkungen. Aber wenn auch, ist es denn wirklich ganz gleichgültig, daß durch die ungeschickte Fassung einer Bestimmung der praktisch so nothwendige Begriff der Vertretung

---

[1]) Zeitschr. S. 436.

[2]) Gegen Bekker's Zulassung des Jagdhundes Tiras und der Stute Bellona als Rechtssubjekte (Jahrb. f. Dogmatik 12 S. 27 ff.), welche Bekker selbst längst aufgegeben hat (Pandekten I S. 58), dürfte dann gewiß nichts mehr erinnert werden.

zu einem wesenlosen, unfaßbaren gemacht wird? Man hat denselben Fehler gemacht, welcher bei der Konstruktion des Konkursverwalters stets gemacht wird. Man fragt immer nur: Wen vertritt er? Die Vorfrage, ob er überhaupt als Vertreter und nicht vielmehr als Verfüger über fremde Rechte außerhalb des Falles der Vertretung anzusehen ist, wird der Erörterung nicht für werth erachtet.[1]) Ein solcher Repräsentant ist kein Vertreter, weil es an einem Vertretenen fehlt. Er ist zur selbständigen Verfügung hinsichtlich gewisser Rechte und Pflichten kraft eigenen Rechtes, freilich nicht im eigenen Interesse, aber auch nicht lediglich im Interesse des Rechtssubjektes, sondern zur Durchführung einer bestimmten anderen rechtlichen Aufgabe befugt. Er ist daher prozessualisch Partei und nicht gesetzlicher Vertreter.

Gleichwohl würde ich die Bestimmung auch nach sachgemäßer Aenderung der Bezeichnung „Vertreter" am liebsten in der C. P. O. sehen. Dabei entsteht nun aber die weitere Frage, ob die Bestimmung nicht zu verallgemeinern und auf die Fälle auszudehnen wäre, in denen der eingetragene Eigenthümer des Grundstückes todt, verschollen u. s. w. ist. Es ist im hohen Grade unbillig, daß der Hypothekengläubiger in solchen Fällen gezwungen ist, durch kostspielige, zeitraubende, schwierige Prozeduren die Erben zu ermitteln, die Todeserklärung herbeizuführen u. s. w. Auch hier würde die Repräsentation zu dauern haben, bis ein neuer Eigenthümer eingetragen ist, oder, was nur ganz ausnahmsweise vorkommen wird, der eingetragene Eigenthümer wieder auf- und eintritt.

Die in § 944 B. G. verordnete entsprechende Anwendung des § 73 C. P. O. (laudatio autoris) auf den Fall einer Beeinträchtigung des Eigenthums im Namen eines Dritten gehört offensichtlich in die C. P. O. zu demselben § 73.

Von gerichtlichen Aufgeboten kommen im Sachenrechte vor das Aufgebot eines Grundstückes (§ 873), einer Hypothek (§§ 1103 bis 1105) und eines Hypothekenbriefes (§§ 1123, 1124). Bei einer einheitlichen Regelung des Aufgebotsverfahrens würde der Inhalt dieser Bestimmungen fast durchweg in die C. P. O. zu verweisen sein.

Auch die Vorschriften über die polizeiliche Behandlung gefundener Sachen (§§ 910 ff.) passen nicht recht in den Privatrechtskodex. In die Gerichtsordnung gehören sie freilich ebensowenig. Am richtigsten wäre es wohl, dieselben vorläufig im E. G. oder in einem besonderen Gesetze unterzubringen.

Bekanntlich ist in der C. P. O. für die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Mobilien der Grundsatz aufgestellt, daß

[1]) Zeitschr. S. 436, pr. P. S. 109, 776.

der Schuldner schon durch die Empfangnahme des (gepfändeten oder erlösten) Geldes seitens des Gerichtsvollziehers befreit wird, daß mit diesem Zeitpunkte die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. (§§ 716 Abs. 2, 720 C. P. O.)[1]) Dieser Grundsatz bedarf, wenn man ihn überhaupt für zweckmäßig und billig hält, der Verallgemeinerung. Es ist in analoger Weise zu bestimmen, daß bei der Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen das Eigenthum mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher übergeht, daß ein über eine im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesene Forderung lautender Hypothekenbrief ebenfalls mit der Wegnahme Eigenthum des Exekutionssuchers wird. Daher ist gegen den Inhalt der §§ 875, 1112 Abs. 2 B. G. nichts einzuwenden. Aber diese Bestimmungen gehören ebenso wie die der §§ 716 Abs. 2, 720 C. P. O. in die C. P. O.[2])

Die §§ 1088, 1113 (mit z. Th. 1114, 1115), 1188 B. G., welche das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung im Immobiliar- und Mobiliarpfandrechte regeln, sind ebenfalls in die C. P. O. zu überweisen.

§ 871 Abs. 2 B. G. schließt die Zwangsvollstreckung wegen persönlicher Forderungen in solche Grundstücke aus, bei denen ein Rückfallsrecht eingetragen ist. Die Bestimmung ist inhaltlich bedenklich. Sie bietet eine bequeme Handhabe, Grundstücke dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen. Jedenfalls aber gehört sie in die Subhastationsordnung und nicht in das B. G.

Das B. G. hat aus dem französisch-preußischen Rechte das Institut der Judikatshypothek übernommen (§§ 1130 ff.). Bekanntlich hat das bestehende preußische Recht im Gegensatze zum französischen Rechte diese Materie in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Immobilien abgehandelt und dort ausdrücklich gesagt, daß durch die Eintragung in das Grundbuch eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück erfolge. Die nähere Gestaltung des Institutes entsprach aber diesem Gedanken nicht, und so mußte die Ansicht aufgestellt und begründet werden,[3]) daß die Eintragung auch in diesem Falle zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre nnd daher nicht zu der, eine Unterabtheilung der streitigen Gerichtsbarkeit bildenden, Zwangsvollstreckung gerechnet werden könne, daß die Eintragung auch nicht zur Ergänzung einer Zwangsvollstreckung

---

[1]) Zu beklagen ist auch hier die überflüssige fiktive Fassung.

[2]) Gegen den Ausspruch der Motive (III S. 340), daß § 875 die Streitfrage entscheide, ob der Gerichtsvollzieher als Vertreter seines Auftraggebers anzusehen sei, ist nachdrücklichst Verwahrung einzulegen.

[3]) Vergl. Krech u. Fischer Zw. O. S. 220 ff., 809 f., Zeitschr. S. 414, 418, pr. P. S. 252, 765.

diene, sondern ein selbständiges Recht für den Gläubiger begründe. Es wurde daran die Bemerkung geknüpft, daß es systematisch richtiger gewesen wäre, diese Art der Eintragung in der Grundbuchgesetzgebung zu behandeln. Diese Ausführung hat zwar auf der einen Seite die Zustimmung des Kammergerichtes gefunden.[1]) Von der anderen Seite ist aber gegen dieselbe lebhafter Widerspruch erhoben, und in Konsequenz davon der Instanzenzug der streitigen Gerichtsbarkeit, nicht der davon abweichende der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Anspruch genommen. Die Frage war von dem B. G., wenn man überhaupt das Institut beibehalten wollte, in der einen oder der anderen Weise zu entscheiden, und das ist dadurch geschehen, daß man das Institut im Privatrecht bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek untergebracht hat. Die Eintragung der Judikatshypothek ist auch in der neuen Ordnung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und danach haben sich, sofern nicht etwa der Entwurf der Grundbuchordnung positiv ein Anderes bestimmen sollte, die Formen der Anträge und des sonstigen Verfahrens, Instanzenzug, Gebühren u. s. w. zu richten.

Dieses klare Ergebniß wird nun aber durch die in den §§ 1130, 1132 gebrauchten Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung“ bez. „im Wege der Vollziehung des Arrestes“ wieder in Frage gestellt. Man will damit anscheinend nur sagen, daß die sachlichen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung bez. einer Arrestvollziehung vorliegen müssen. Dann hätte man aber viel deutlicher sagen können: „wenn die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung bez. Arrestvollziehung vorhanden sind“. Soll der Zusatz mehr sagen und die Maßregel auch in der Ausführung dem Zwangsvollstreckungsrechte und nicht dem Grundbuchrechte unterstellt werden, so gehört sie in der That nicht in das B. G., sondern in die C. P. O. bez. das zu ihrer Ergänzung zu erlassende Gesetz über Zwangsvollstreckung in Immobilien.

Auch will mir der Gegensatz in den Bezeichnungen „Zwangshypothek und Arresthypothek“ wenig gefallen. „Zwang“ und „Arrest“ bilden keine Gegensätze, sondern „definitive Verurtheilung“ und bloße „Arrestirung“. Ich würde daher den Namen „Urtheilshypothek“ dem Namen „Zwangshypothek“ vorziehen.

§ 1133, welcher denjenigen Umständen, welche die Aufhebung einer Zwangsvollstreckung oder eines Arrestes begründen, auch eine direkt zu realisirende aufhebende Wirkung gegenüber diesen Hypotheken zuschreibt, entspricht dem geltenden preußischen Recht (§ 11 Zw. O.), und ist auch mit

---

[1]) Auch Eccius pr. Privatrecht I S. 759 steht — trotz der polemisirenden Umkleidung — sachlich auf demselben Standpunkte.

der hier niedergelegten Auffassung dieses Institutes nicht gerade unverträglich. Ich würde aber dennoch für die Streichung des Paragraphen bez. für eine direkt auf diesen Fall berechnete privatrechtliche Fassung eintreten.[1])

Anders liegt die Sache mit dem § 846 B. G., welcher ganz allgemein verordnet, daß Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung durch direkte Anträge an das Grundbuchamt erfolgen, ebenso Löschungen, wenn der Fall der Aufhebung der Zwangsmaßregel vorliegt. Es handelt sich in den hier gemeinten Fällen[2]) — von dem Falle der Urtheilshypothek, den die Motive, wie ausgeführt wurde, mit Unrecht hierher zählen, abgesehen — um eine Ergänzung der Vollstreckungsmaßregeln durch Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche im Wege des direkten Betriebes der Parteien herbeizuführen sind. Die Bestimmung gehört daher des Zusammenhanges wegen in die C. P. O. Es wird aber auch hier dafür zu sorgen sein, daß nicht etwa das Grundbuchamt mit dem Vollstreckungsgericht konfundirt wird. Zu diesem Zwecke ist namentlich der Ausdruck „im Wege der Zwangsvollstreckung" zu vermeiden.[3])

§ 15 Z. 4 E. G. C. P. O. enthält bekanntlich einen nothgedrungenen Vorbehalt zu Gunsten der in der C. P. O. nicht kodifizirten Fälle einstweiliger Verfügungen, weil die Materie wegen des Zusammenhanges vieler solcher Fälle mit den partikularen privatrechtlichen Vorschriften sich nicht vollständig kodifiziren ließ. Es ist nun an der Zeit, mit diesem Vorbehalte aufzuräumen, wenigstens insoweit, daß die sämmtlichen reichsrechtlichen Fälle einstweiliger Verfügungen in die C. P. O. gebracht werden. Dahin gehören insbesondere die Anordnung der Eintragung von Vormerkungen im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 845, 1085 B. G.), sowie die in § 1072 B. G. vorgesehenen gerichtlichen Anordnungen gegen Grundstücksdevastationen.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Stellung der Vorschriften über die Verwirklichung von Pfandrechten. Während das römische Recht überall den Privatpfandverkauf gestattete, steht das moderne Recht im Allgemeinen auf dem Standpunkte, daß ein solcher als ein Akt der

[1]) Die Gründe ergeben sich aus Krech u. Fischer, Zw. O. S. 250 ff.

[2]) Dieselben sind Mot. III S. 246 im Einzelnen aufgeführt.

[3]) Dies gilt auch von § 833 Abs. 3. § 833 Abs. 2 gehört in die C. P. O., Abs. 1 ebenfalls, und zwar zu § 779 C. P. O., wenn man überhaupt noch eine nähere Erörterung dieses Paragraphen nach dieser Richtung für nöthig hält. Aus § 834 ist dann ebenfalls das Erforderliche herüberzunehmen. Damit wird § 658 C. P. O. in der Fassung des Art. 11 E. G. überflüssig.

Selbsthülfe ausgeschlossen ist, und daß auch die Befriedigung aus dem Pfande nur im Wege der Zwangsvollstreckung nach vorgängiger Beschaffung eines vollstreckbaren Titels erfolgen darf.[1]) Ausnahmen müssen besonders bestimmt sein. Was nun die systematische Stellung der einschlägigen Normen betrifft, so gehört der Satz, daß der Pfandgläubiger Befriedigung aus dem Pfande verlangen kann, offenbar in das Privatrecht. Was dagegen die Art dieser Befriedigung angeht, so muß unterschieden werden, ob es sich um Selbsthülfe oder um Gerichtshülfe handelt. Die Sätze über die Zulässigkeit der Selbsthülfe gehören in den Privatrechtskodex, die Sätze über die Mittel der gerichtlichen Verwirklichung in das Prozeßgesetz.

Von diesem Standpunkte aus haben die §§ 1170 bis 1176, welche den Privatverkauf bei Faustpfändern gestatten, dem B. G. zu verbleiben.[2]) Nur könnte man fragen, ob nicht mit Rücksicht darauf, daß auch bei dem Privatverkaufe ein öffentlicher Versteigerungsbeamter zugezogen werden muß, die Vorschriften über das Verfahren desselben, welche offenbar für alle öffentlichen Verkäufe Bedeutung haben, einer besonderen Ordnung überwiesen werden könnten.[3])

Daß daneben auch die Pfandverwirklichung im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen kann, versteht sich zwar eigentlich von selbst. Soll es aber des Gegensatzes wegen zum Ausdruck gebracht werden, so wäre an Stelle des § 1169 zu sagen: „Der Pfandgläubiger ist berechtigt, seine Befriedigung aus dem Pfande entweder im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung oder im Wege des Pfandverkaufes nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu suchen."[4])

---

[1]) Krech u. Fischer Zw. O. S. 3 ff., 21 ff.

[2]) Durch § 717 Abs. 4 C. P. O. der neuen Fassung wird bestimmt: „Bei der Versteigerung (im Wege der Zwangsvollstreckung) finden die Vorschriften des § 1173 Abs. 1, Satz 1, Abs. 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung". Statt dieser unschönen und unbequemen Verweisung wäre eine selbständige Bestimmung am Platze gewesen. Die in § 718 C. P. O. der neuen Fassung beliebte Bezugnahme auf § 90 B. G. erscheint überflüssig und insofern schädlich, als sie der unrichtigen Auffassung, daß bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ein gewöhnlicher privatrechtlicher Kaufvertrag geschlossen werde, Vorschub leistet.

[3]) Das Gleiche gilt von § 1157 (Verkauf wegen Gefahr des Verderbs oder der Werthminderung), soweit er das Verfahren betrifft.

[4]) § 1169 Abs. 2 der jetzigen Fassung bringt Ueberflüssiges und Schiefes. Der vollstreckbare Titel hat nicht so sehr die Verpflichtung des Eigenthümers, den Verkauf zu gestatten, als die Befugniß des Gläubigers, aus dem

In allen übrigen Fällen der Pfandverwirklichung ist der Weg der Zwangsvollstreckung vorgeschrieben. Für die Pfandrechte an „Rechten" bringt dies § 1215 B. G. zum Ausdruck. Ob nicht statt der Worte „auf Grund dieses vollstreckbaren Titels nach Maßgabe der für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften" die einfache und korrektere Fassung „im Wege der Zwangsvollstreckung" vorzuziehen ist, dürfte zu erwägen sein.[1])

Hinsichtlich der Hypothek gibt § 1062 die Bestimmung über den Inhalt. Der Privatverkauf ist durch § 1077 ausgeschlossen. Dagegen gehören die §§ 1075, 1076, 1081, 1082, 1098, 1099, soweit sie die Verwirklichung der Hypothek zum Gegenstande haben, in das Zwangsvollstreckungsrecht. Nicht minder ist aus der Bestimmung über den Inhalt der Grundschuld (§ 1135 B. G.) der Hinweis auf die prozessualische Verwirklichung zu entfernen.

In allen diesen Fällen wird die Umgestaltung zugleich eine größere sachliche Klarheit im Gefolge haben.

Die §§ 951 Abs. 3 (Abmarkung von Grundstücken), 992 (Feststellung des Zustandes einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache), 1042 (Aufnahme eines Inventars über ein dem Nießbrauche unterworfenes Vermögen) würden eventuell dem f. G. zu überweisen sein.

5. Familienrecht.

§ 6.

Eine besonders einschneidende Einwirkung wird die Neuregelung des persönlichen Familienrechts auf die Civilprozeßgesetzgebung äußern. Hier ist auch die Kommission ihrem sonstigen Grundsatze, an der C. P. O. möglichst wenig zu ändern, nothgedrungen ungetreu geworden, da die Vorschriften der C. P. O. für dieses Gebiet sich in der That als unzureichend und lückenhaft erwiesen haben.

Ungefähr zwei Fünftel aller in dem Art. 11 E. G. B. G. vorgeschlagenen Aenderungen betreffen diese Materie. Das sechste Buch der C. P. O. erhält statt der jetzigen Ueberschrift: „Ehesachen und Entmündigungssachen" die Ueberschrift: „Ehesachen, Entmündigungssachen,

---

Pfande wegen der fraglichen Summe befriedigt zu werden, zum Ausdrucke zu bringen (Kreck u. Fischer Zw. O. S. 135). Unrichtig ist die Fassung: „so kann er den Verkauf nach Maßgabe derjenigen Vorschriften bewirken lassen, welche für den Verkauf der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten beweglichen Sachen gelten". Als ob die Befriedigung aus dem Pfande im Wege der Zwangsvollstreckung keine eigentliche Zwangsvollstreckung wäre!

[1]) Dasselbe gilt bezüglich des § 1204.

Feststellung familienrechtlicher Streitigkeiten", und einen ganz neuen Abschnitt: „Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben." [1])

Wenn die bei den bisherigen Ausführungen befolgten Grundsätze auch auf diesem Gebiete zur Anwendung gebracht werden sollen, so ergibt sich die Nothwendigkeit einer noch weiteren Vermehrung der Aenderungen der C. P. O. Man sollte vor derselben um so weniger zurückschrecken, als ja schon die vorgeschlagenen Aenderungen einer völligen Umarbeitung des sechsten Buches der C. P. O. nahezu gleich stehen.

Uebrigens treten auf diesem Gebiete besondere Schwierigkeiten für die Grenzbestimmung hervor. Es handelt sich hier zum Theil um prozessualische Vorgänge mit konstitutiver Wirkung, und da wird es freilich schwierig sein, alle diese Wirkungen von dem Privatrechte abzusondern und der C. P. O. zu überweisen. Deshalb mag also auf die genaue Festhaltung der in den nachfolgenden Einzelbestimmungen angegebenen Grenzlinie ein allzugroßes Gewicht nicht gelegt werden. Immerhin wird sich Mancherlei in dem B. G. finden, dessen Herübernahme in die C. P. O jedenfalls geboten ist.

Wenn es, wie früher dargelegt ist, gerathen erscheint, die Antragsberechtigung bezüglich der Todeserklärung in der C. P. O. zu regeln, wenn ferner die zu dem Antrage auf Entmündigung Berechtigten in der C. P. O. genannt sind, so wird es sich auch empfehlen, die Berechtigung zur Ehenichtigkeitsklage dort abzuhandeln. § 1253 B. G. gehört also in die C. P. O. Das Gleiche gilt für die in § 1254 gegebene Vorschrift über Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung für den Ehenichtigkeitsprozeß, ebenso für die in den §§ 1267, 1276, 1451, 1476 (1478) verordnete Anwendung dieser Regel in den Prozessen, welche Anfechtung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens, Ehescheidung und Feststellung der Ehelichkeit eines Kindes zum Gegenstande haben.

§ 1256 bestimmt, daß die Rechtskraft des Urtheiles im Ehenichtigkeitsprozesse nicht auf die Parteien beschränkt ist. Analoge Bestimmungen enthalten die §§ 1269, 1477 und 1632 für die Anfechtung von Ehe und Ehelichkeit und gewisse familienrechtliche Feststellungsklagen. Wenn, wie es früher ausführlich gerechtfertigt ist, die Lehre von der Rechtskraft überhaupt in der C. P. O. abzuhandeln und namentlich § 191 in dieselbe zu verweisen ist, so gehören auch diese Bestimmungen

---

[1]) Etwas einfachere Titel wären zu wünschen, also etwa Buchüberschrift: „Verfahren in Familiensachen". Dritter Abschnitt: „Ehelichkeit und elterliche Gewalt".

dahin.[1]) Ebenso gehören die Regeln der §§ 1268, 1476 (1478) über die besonderen Wirkungen der Zurücknahme einer Anfechtung von Ehe und Ehelichkeit in die C. P. O.

§ 1238 Abs. 4 B. G. (Wirkung der Urtheils zur Ergänzung der elterlichen Einwilligung der Eheschließung) ist in eben demselben Sinne eine Vorschrift über die Rechtskraft, wie § 779 C. P. O.[2])

Die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett in der Gestalt, wie sie das B. G. angenommen hat, erscheint wesentlich als eine der definitiven Scheidung vorhergehende prozessualische Maßregel bez. als ein Versuch, durch vorläufige prozessualische Maßnahmen die Scheidung hinauszuschieben und womöglich zu vermeiden.

Die §§ 1444 Abs. 2, 1445 bis 1448, 1459, 1460 B. G. haben in Folge dessen einen großentheils prozessualischen und daher der C. P. O. zu überweisenden Inhalt erhalten.

Die §§ 1449, 1450 B. G. gehören ebenfalls in die C. P. O., da sie die Formel des Scheidungsurtheils regeln.

Auch eine Bestimmung wie die der §§ 1471 Abs. 2, 1475 Abs. 1 (1478) B. G., welche für einen bestimmten Fall, nämlich für die Geltendmachung der Unehelichkeit, nur einen bestimmten prozessualischen Weg zuläßt, würde ich lieber in der C. P. O. sehen. Dasselbe gilt von dem Ausschluß der gesetzlichen Vertretung und der Aufrechterhaltung des Anwaltszwanges in dem Prozesse über Ehelichkeit (§ 1474 [1478] B. G.). Endlich dürften auch die in Ehesachen zulässigen einstweiligen Verfügungen (§§ 1255, 1462, 1463 B. G.) der C. P. O. zu überweisen sein.

Die Zuständigkeit zur Ehelichkeitserklärung (§ 1584 B. G.) würde eventuell in das f. G. gehören.

Die §§ 1245 bis 1249 B. G., welche die Form der Eheschließung regeln, können freilich nicht in das f. G. übernommen werden, wenn man nicht den Standesbeamten wieder zu einem Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit machen will. Es besteht aber nicht der mindeste Grund dafür, diese Bestimmungen nicht in dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 zu belassen. Nur das materielle Eherecht wäre aus diesem Gesetze zu entfernen. Es macht in der That einen wundersamen Eindruck, wenn, wie Art. 28 E. G. B. G. vorschlägt, das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 hinsichtlich der Eheschließung nur die Bestimmungen über das der Eheschließung vorangehende Aufgebot und im Uebrigen zur Ausfüllung

[1]) Dasselbe kann auch für § 1452 B. G. geltend gemacht werden. Auch § 1257 (1270) Abs. 3 B. G. ist eine Bestimmung über die Wirkung der Rechtskraft gewöhnlicher Urtheile, welche gegen Ehegatten ergangen sind.

[2]) s. o. § 3 S. 17 Anm. 1.

einige Verweisungsbestimmungen (§§ 28, 41, 52) enthält, während die in Folge des Aufgebotes vorzunehmende Eheschließung selbst im B. G. auch formell geregelt wird. Dieser Art der Grenzregulirung gegenüber wäre es sogar entschieden vorzuziehen, auch das Aufgebot in das B. G. zu übernehmen.

Im Uebrigen ergeben sich auf diesem Gebiete noch eine Reihe von Fassungsbedenken. So dürfte der Schlußsatz des § 1258 Abs. 1 B. G. überflüssig sein. Die prozessualische Wendung „erkannt werden" in § 1440 Abs. 3 B. G. ist leicht zu vermeiden. Auch § 1443 B. G. brauchte nicht so eingehend die prozessualischen Einzelheiten zu berücksichtigen. § 1447 könnte, wenn die Beziehung auf den Prozeß vermieden werden soll, so gefaßt werden: „Das Recht auf Scheidung erlischt, wenn es nicht binnen sechs Monaten geltend gemacht wird." Es wäre das auch deshalb vorzuziehen, weil nicht die Klage, sondern das Recht auf Scheidung befristet ist. Die vereinzelte Verwendung des terminus „rechtskräftig" auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1617) ist nicht ohne Bedenken. Das „vorgesetzte" Landgericht in § 595 C. P. O. entspricht nicht dem Sprachgebrauche der Reichsjustizgesetze und dem gesetzlichen Verhältnisse von Landgericht und Amtsgericht. Auch die Einschränkung in § 603 C. P. O.: „sofern das Gericht, welches die Entmündigung ausgesprochen hat, für die Anordnung der Vormundschaft über den Entmündigten nicht zuständig ist", dürfte im Interesse der Auseinanderhaltung der Funktionen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu streichen sein. Auch wenn derselbe Richter als Prozeßrichter und als Vormundschaftsrichter fungirt, ist eine äußerlich erkennbare Mittheilung vom Prozeßgericht an die Vormundschaftsbehörde erforderlich.

In den §§ 584a und 627a C. P. O. wird bestimmt, daß bei dem Tode einer Partei im Ehe- oder Entmündigungsprozeß der Rechtsstreit „in Ansehung der Hauptsache als erledigt" anzusehen ist. Dieselbe Wendung fand sich, wie früher bemerkt wurde,[1]) mit dem Zusatze „vorbehaltlich der über den Kostenpunkt zu treffenden Entscheidung" in § 823 B. G. für den Fall, daß das Petitorium früher als das Possessorium mit dem Siege des im Besitzprozesse Beklagten endigt.

Dieser Ausdruck ist gegenüber dem bisherigen Sprachgebrauche der C. P. O. neu.[2]) Der Fall der sachlichen Erledigung des Rechtsstreits kann auch in vielen anderen Fällen vorkommen. Der gewöhnlichste ist der, daß der beklagte Schuldner den Kläger im Laufe des Rechtsstreits

---

[1]) s. oben § 5 S. 43.

[2]) Ueber andere Bedenken bezüglich des Gebrauches des Wortes „Hauptsache" vergl. Goldschmidt S. 22.

befriedigt und Kläger in der nächsten mündlichen Verhandlung anzeigt, daß er befriedigt sei, und es sich nur noch um die Kosten handle. Wie ist da zu erkennen? Eine besondere Bestimmung für diesen Fall hat weder das B. G. noch die C. P. O. Sie wäre aber jedenfalls ebenso bedeutsam, als jene Spezialbestimmungen. Die Römer sprachen, nachdem der Grundsatz omnia iudicia absolutoria esse durchgedrungen war, in solchen Fällen eine absolutio aus. Auch wir kennen im Allgemeinen im Prozeß nur zwei sachliche Entscheidungen, condemnatio oder absolutio ab actione, und es steht daher auch in einem solchen Falle nichts im Wege, die Klage auf Grund der Erklärung des Klägers, befriedigt zu sein, abzuweisen. Die Kosten hat auf Grund analoger Anwendung des § 89 C. P. O. für den entgegengesetzten Fall[1]) der Beklagte zu tragen. Will man statt „Abweisung" „Erledigung" sagen, so ist dagegen nichts zu erinnern, wenn man sich darüber klar ist, daß auch damit eine absolutio ab actione ausgesprochen wird. Es steht nichts im Wege, diese im Allgemeinen schon ohne besondere Bestimmung sich ergebende Regel auch in jenen speziellen Fällen zur Anwendung zu bringen.

Etwas Aehnliches gilt bezüglich der in § 589a (§ 591a) C. P. O. gewählten Wendung, daß bei Versäumniß des Klägers im Ehenichtigkeitsprozesse durch Urtheil ausgesprochen werden soll, „daß die Klage als zurückgenommen gelte". Es soll damit gesagt sein, daß nicht absolutio ab actione, sondern absolutio ab instantia stattfinde. Muß zu diesem Zwecke das Gericht gezwungen werden, der Urtheilsformel, welche doch vor Allem klar und deutlich sein muß, eine unwahre Beimischung zu geben? Sollte nicht statt der fiktiven Fassung eine andere einfache und deutliche gewählt werden können, etwa dahin, „daß die Entscheidung abgelehnt werde"? Es wäre dann noch zu bestimmen, daß eine solche Entscheidung dieselben Wirkungen haben, wie die Zurücknahme einer Klage.[2])

Eine große Zahl von Bestimmungen mit prozessualischem Inhalte oder prozessualischer Beimischung findet sich auch in dem ehelichen

---

[1]) Dieselbe ist nicht blos in diesem Falle unentbehrlich. — Richtiger wäre es allerdings, in der C. P. O. als § 89a ausdrücklich zu bestimmen: Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen demselben die Prozeßkosten auch dann zur Last, wenn das Begehren des Klägers wegen sachlicher Erledigung abgewiesen werden muß, und Kläger dieses rechtzeitig anerkennt.

[2]) Auf die, auch in den prozessualischen Bestimmungen hervortretende, besondere Behandlung der Nichtigkeit wegen Formmangels (§§ 139, 568, 571, 581, 587, 589a, 591a C. P. O.) gedenke ich in einem besonderen Aufsatze zurückzukommen.

Güterrechte. Es wird dahin etwa ein Viertel sämmtlicher Paragraphen zu rechnen sein. Die Reichsjustizgesetze haben sich um gemeinschaftliche Vermögensberechtigungen und Verpflichtungen sehr wenig gekümmert und, wie im römischen Rechte das Vermögen immer nur als einer Person (Mensch oder außermenschliches Rechtssubjekt) gehörig gedacht. Namentlich ist bei der Ordnung der Zwangsvollstreckung und des Konkurses auf diese Verhältnisse so gut wie gar keine Rücksicht genommen. Eine Ergänzung war also hier dringend nothwendig. Nur sollte man sie nicht im B. G. sondern in der C. P. O. und K. O. vornehmen.

Die C. P. O. hat die Prozeßfähigkeit der Ehefrau unbedingt anerkannt (§ 51 Abs. 2 C. P. O.). Damit ist aber, wie allseitig zugegeben wird, die Beschränkung der Verfügungsbefugniß, welche aus dem ehelichen Güterrechte hervorgeht, nicht betroffen. Positive Vorschriften in dieser Beziehung sind erwünscht, da die Kontroverse auf diesem Boden üppig wuchert. Der Entwurf[1]) bestimmt für das System des ehemännlichen Nießbrauchs, daß die Ehefrau zur Erhebung eines Rechtsstreits, in welchem ein Ehegutsrecht geltend gemacht wird, der Einwilligung des Mannes bedarf, so daß, wenn diese fehlt, die Ehefrau wegen mangelnder voller Prozeßfähigkeit abzuweisen ist (absol. ab instantia), daß aber im anderen Falle das Urtheil auch gegen den Ehemann wirkt; daß dagegen in allen anderen Fällen die Ehefrau der Einwilligung des Mannes nicht bedarf, aber das Urtheil auch nicht gegen den nicht genehmigenden Ehemann Wirksamkeit hat. Daran schließen sich Bestimmungen für Ausnahmefälle, in denen die Einwilligung des Ehemannes nicht erforderlich ist, gleichwohl aber das Urtheil gegen den Ehemann wirksam ist, sowie die weiteren Sätze, daß im Allgemeinen der Ehemann zur Führung eines Rechtsstreits der Vollmacht der Ehefrau bedarf, daß die Ehefrau unter Umständen eine solche Vertretung bez. die Einwilligung zur Prozeßführung verlangen kann, daß endlich die Ehefrau, welche Vormünderin ihres Mannes ist, diesen auch hinsichtlich der Ertheilung der Einwilligung zur Führung von Prozessen vertritt. Eine Vereinfachung dieser Vorschriften wäre sehr erwünscht. Namentlich wäre zu prüfen, ob es nicht angängig wäre, von der Regel auszugehen, Prozesse, bei welchen der Mann nicht als Partei zugezogen ist, auch gegen den Mann nicht wirksam sein zu lassen, dagegen die Prozeßfähigkeit der Frau nicht zu beschränken. Jedenfalls aber gehören diese Bestimmungen in die C. P. O. zu § 50.[2])

---

[1]) §§ 1302, 1303, 1306, 1307, 1309, 1310, 1322, 1326, 2148 Z. 4 B. G.

[2]) Dagegen gehören die damit in Zusammenhang stehenden §§ 1297 Z. 5, 1312 Z. 1, 1316 Z. 3 u. 4 allerdings in das B. G. Auf die Entscheidung über den Kostenpunkt im Prozeß haben sie keinen Einfluß.

Für das System der Gütergemeinschaft ist verordnet, daß die prozessualische Verfügung über das Gesammtgut in der Regel nur dem Ehemanne zusteht, daß die Ehefrau nur bei Behinderung des Ehemannes im eigenen Namen oder im Namen des Ehemannes zur Prozeßführung befugt ist, daß sie insbesondere Prozesse, welche beim Eintritte der Gütergemeinschaft bereits anhängig sind, selbständig fortsetzen darf, daß aber das Urtheil gegenüber dem Ehemanne wirksam ist, daß endlich von der Auflösung der Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung gemeinschaftliche Prozeßführung eintritt.[1]) Auch diese Vorschriften gehören in die C. P. O. Es wird bei der Umstellung insbesondere darüber Klarheit zu schaffen sein, ob die Ehefrau den Prozeß als Partei oder als gesetzliche Vertreterin des Mannes zu führen hat.

Im Anschlusse an diese Vorschriften ist bestimmt, daß die Verbindlichkeiten der Ehefrau aus Urtheilen und wegen der gerichtlichen Kosten des Rechtsstreites nicht Gesammtgutsverbindlichkeiten sind, wenn nicht entweder der Ehemann eingewilligt hat, oder eine solche Einwilligung nicht nöthig war (§ 1362 Z. 1), daß gewisse aus einem Rechtsstreite herrührende Verbindlichkeiten überhaupt oder doch Dritten gegenüber Gesammtgutsverbindlichkeiten sind,[2]) sowie daß der Ehemann der Ehefrau die Mittel zur Führung des Rechtsstreits gewähren muß.[3]) Diese Vorschriften gehören dem B. G. an, da sie für die Prozeßbehandlung selbst nicht in Betracht kommen.[4])

Besondere Bestimmungen betreffen den auf Auflösung der ehelichen Nutznießung bez. der Gütergemeinschaft gerichteten Rechtsstreit. Das Urtheil hat konstitutive Bedeutung.[5]) Mit der Rechtskraft tritt die Auflösung ein. Der Richter hat auf Antrag der Ehefrau bei Auflösung der Gütergemeinschaft zu bestimmen, daß der gesetzliche Güterstand eintrete. Anderenfalls tritt völlige Gütertrennung ein. Für die Auseinandersetzung ist der Zustand zu der Zeit maßgebend, als der Rechtsstreit anhängig wurde.[6])

Es ist hier Prozessualisches und Privatrechtliches derart in Zusammenhang gebracht, daß sich kaum sagen läßt, wo die Bestimmungen, so wie

---

[1]) §§ 1352, 1358, 1357, 1373 Abs. 1 B. G.

[2]) § 1367 Z. 4, 1423 Z. 3, 1426 Z. 5.

[3]) § 1366.

[4]) Gleiches gilt für die §§ 1530 Z. 1, 3, 4, 1531 Z. 5.

[5]) Ebenso das Urtheil auf Wiederherstellung § 1331 Abs. 2 B. G.

[6]) §§ 1327 Z. 2, 1328, 1329, 1371 Z. 2, 1372, 1381, 1379, 1403 Z. 3, 1405 a. E., 1407 Abs. 1 — Ueber die Unwirksamkeit zu Gunsten Dritter § 1337.

sie dastehen, ihren Platz am besten fänden. Es würde sich aber fragen, ob nicht eine bessere Trennung der Privatrechts- und der Prozeßnormen angängig wäre. So könnte z. B. das Privatrechtsbuch die Sätze: „Die Bestimmung (in dem Urtheile, daß der gesetzliche Güterstand eintrete) ist nur zulässig, wenn sie von der Ehefrau beantragt war. Im Falle eines solchen Antrages muß sie erfolgen", aufgeben, und sich statt dessen auf die Vorschrift beschränken, daß die Ehefrau den Eintritt des gesetzlichen Güterstandes fordern kann.

Zu § 1492 wäre zu fragen, ob sich die Grenze nicht ohne Zuhülfenahme der „Rechtshängigkeit" bestimmen ließe, und zu § 1509, ob nicht der Zusatz „Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten" gestrichen werden könnte.

In dem Zwangsvollstreckungsrecht der C. P. O. fehlt es an besonderen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehegatten und in Kindesvermögen. Es war daher Aufgabe der Wissenschaft, auf Grund der hinsichtlich dieser Vermögen geltenden privatrechtlichen Sätze die prozessualischen Bestimmungen zu entwickeln.[1]) Positive Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung erscheinen aber wünschenswerth und sind nach reichsrechtlicher Kodifikation der betreffenden privatrechtlichen Institute auch ausführbar. Sie gehören jedoch, soweit sie eben die Zwangsvollstreckung regeln, in die C. P. O. Das gilt zunächst von den §§ 1314, 1315, 1360, 1374, 1424 Abs. 1, 1528 Satz 2 B. G., welche bestimmen, daß zur Zwangsvollstreckung in das Ehegut im Falle des Systemes des ehemännlichen Nießbrauches ein Titel gegen beide Eheleute erforderlich ist, daß dagegen im Falle der allgemeinen oder beschränkten Gütergemeinschaft bis zur Auflösung ein Titel gegen den Ehemann genügt, während nach der Auflösung bis zur Auseinandersetzung ein Titel gegen beide Eheleute erforderlich ist, daß ebenso hinsichtlich des Kindesvermögens nur ein Titel gegen das Kind nothwendig ist. Ganz besonders störend wirkt es, Bestimmungen darüber, daß dem Urtheile andere vollstreckbare Titel, insbesondere auch vollstreckbare Urkunden, gleichstehen, sowie Regeln über die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung in dem Falle, daß der Eintritt der ehelichen Güterrechtsfolgen bez. ihre Auflösung erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist, in dem B. G. zu sehen.

Ebenso offenbar gehören Bestimmungen, welche die eheliche Nutznießung der Pfändung entziehen, und die Ehefrau auf den in § 690 C. P. O. angegebenen Weg verweisen (§§ 1298, 1299 B. G.), oder in die Antheile der Ehegatten an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen keine

---

[1]) Vergl. Krech u. Fischer, Zw. O. S. 160 ff.

selbständige Zwangsvollstreckung gestatten (§§ 1345, 1373 Abs. 1 B. G.), in die C. P. O.[1])

Endlich würde auch die Vorschrift in § 1511 a. E., daß zur Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich sei, in die C. P. O. gehören, wenn sie nothwendig wäre. In Wirklichkeit ist sie aber überflüssig, da es sich dabei gar nicht um Belastung der Veräußerung mittels Rechtsgeschäftes handelt. Sie ist sogar schädlich, weil sie unrichtigen Theorien über das Wesen der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung Vorschub leistet.

Bezüglich des Konkurses über ein gütergemeinschaftliches Vermögen findet sich in der K. O. eine bedenkliche Lücke. Es ist nicht möglich, über das Vermögen zweier in Gütergemeinschaft lebender Eheleute einen einheitlichen Konkurs zu eröffnen.[2]) Dieser Mangel ist in der Praxis so schwer empfunden worden, daß sich vielfach die Gerichte über das Gesetz hinweggesetzt und ein gemeinschaftliches Konkursverfahren eingerichtet haben. Das B. G. sucht durch die Vorschrift[3]) zu helfen, daß das Gesammtgut zur Konkursmasse des Ehemannes gehört und der Ehefrau das Recht auf Auseinandersetzung und Absonderung versagt wird. Zunächst ist es unzweifelhaft, daß diese Bestimmung in die K. O. zu § 1 gehört.[4]) Im Weiteren dürfte aber doch zu erwägen sein, ob man nicht einen gemeinschaftlichen Konkurs über das Vermögen der beiden Eheleute zulassen will.

Ueberaus künstlich sind die neu erfundenen Bestimmungen über den Einfluß des Konkurses auf eine Errungenschaftsgemeinschaft.[5]) Mit der Rechtskraft der Eröffnung des Konkurses, also für gewöhnlich nach Ablauf von zwei Wochen seit der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an den Ehemann, hört die Errungenschaftsgemeinschaft auf. Die Ehefrau kann aber, so lange der Konkurs schwebt, jederzeit und

---

1) Wegen der Beweislastvorschrift in § 1299 Abs. 3 s. o. § 3 S. 22.

2) Vergl. Wilmowski, Kommentar zu § 94 K. O., R. G. Entsch. 8 Nr. 26 S. 102.

3) § 1361 mit § 1424 Abs. 2.

4) Ebendahin gehört auch § 1375 B. G. und dürfte sich die Umstellung um so mehr empfehlen, als in diesem Paragraphen zwei Bestimmungen der K. O. in Bezug genommen werden. — Art. 13 E. G. B. G. streicht den bisherigen Abs. 2 des § 1 K. O. Es ist nicht abzusehen, weshalb die an seine Stelle tretenden Sätze, soweit sie nicht allgemeine Normen des ehelichen Güterrechtes enthalten, sondern nur diese speziellen und ausdrücklichen Folgerungen für den Konkurs ziehen, nicht an dessen Stelle gesetzt sind.

5) §§ 1429 Abs. 3, 1430 Abs. 2 B. G.

ohne Weiteres die Wiederherstellung der Gemeinschaft verlangen. Sie muß aber zu diesem Zwecke ihren Mann verklagen und dafür sorgen, daß die Klagerhebung vor dem Beendigungsbeschluß erfolgt, so daß ihr Recht von der Wahrung eines ganz ungewissen und ihrem Einflusse durchaus entzogenen Termines abhängig ist. Daß dieser komplizirte Mechanismus fallen muß, bedarf weiterer Ausführung nicht. Wohin man die an die Stelle desselben tretenden Bestimmungen zu setzen hat, wird von ihrem Inhalte abhängen.

Offenbar in die K. O. gehört auch § 1494 B. G., welcher über die Geltendmachung eines „Unterhaltsanspruches" im Konkurse des Schuldners handelt.[1])

Die Vorschriften über das eherechtliche Register (§§ 1435 bis 1439) würden event. dem f. G. zu überweisen sein. Auch bezüglich eines großen Theiles der in das Vormundschaftsrecht aufgenommenen Bestimmungen kann die Frage erhoben werden, ob sie nicht dem f. G. bezw. einer besonderen Vormundschaftsordnung zu überweisen wären.[2])

§ 1747 B. G. dagegen, welcher über die Prozeßfähigkeit der in einem Rechtsstreite von einem Pfleger vertretenen prozeßfähigen Person handelt, gehört in die C. P. O.

6. Erbrecht.

§ 7.

Im Erbrechte ist zunächst zu bemerken, daß die Bestimmungen über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, sowie die Bestimmungen über das Verfahren des Nachlaßgerichtes einschließlich des Verfahrens bei Ertheilung von Erbbescheinigungen dem f. G. zu überweisen sein würden, wenn ein solches besonderes Gesetz erlassen würde.[3]) Unter den dem Nachlaßgerichte zugewiesenen Funktionen befinden sich auch Aufgebote. Sofern dieselben, wie das in § 2067 geordnete Aufgebot der Erben, ganz einfach, insbesondere ohne Aus-

---

[1]) Gegen die Belassung des § 1553 in dem B. G. dürfte nichts zu erinnern sein.

[2]) Dahin gehören auch Vorschriften über das Vormundschaftsgericht, welche außerhalb des Abschnittes „Vormundschaft" stehen, wie die §§ 1404, 1504 Abs. 2, 1538 u. s. w. Die polizeiliche Hülfe in § 1505 Abs. 2 würde an sich auch nicht in die Privatrechtsordnung gehören und wäre daher am besten provisorisch in das E. G. zu stellen.

[3]) In Betracht kommen namentlich die §§ 1398, 1892, 1895, 1915 ff., 1937 bis 1939, 1943 ff., 1974, 2040 bis 2042, 2058 ff., 2067, 2068 bis 2079, 2094, 2095, 2103 ff., 2156.

schlußurtheil, verlaufen, mag es gerechtfertigt sein, dieselben durch das Nachlaßgericht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erledigen zu lassen. Dagegen gehört das Verfahren betreffend das Aufgebot der Nachlaßgläubiger,[1]) welches fast ganz in den Formen der C. P. O. vor sich geht und zu einem Ausschlußurtheile führt, seiner Natur nach zur streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist deshalb unrichtig, das Nachlaßgericht als solches zuständig zu machen. Das Verfahren ist vielmehr in die C. P. O. zu verweisen, und es wird dort eine Zuständigkeitsbestimmung zu geben sein, nach welcher dasselbe Amtsgericht zuständig ist, welchem für die freiwillige Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit als Nachlaßgericht beiwohnt.

Von den hinsichtlich des Testamentsvollstreckers gegebenen, an den Prozeß streifenden Vorschriften wird man die in § 1897 B. G., nach welcher bei dem Widerspruch der Erben der Testamentsvollstrecker Vermächtnisse nicht eher auszahlen darf, bis der Erbe rechtskräftig verurtheilt ist, dem Privatrechtsbuch zu belassen haben. Dem Schlußabsatz des Paragraphen, nach welchem eine Klage des Vollstreckers gegen den Erben auf Gestattung der Vollziehung eines Vermächtnisses ausgeschlossen ist, würde sich indeß leicht eine andere, rein privatrechtliche Fassung geben lassen.

Wenn der Testamentsvollstrecker alle zum Nachlasse gehörigen Rechte geltend machen darf, so versteht sich von selbst, daß er dazu alle, insbesondere die vom Prozeßrecht eröffneten, Wege einschlagen darf. Die Erwähnung der Klage in § 1899 B. G. dürfte daher überflüssig sein.

Dagegen gehört die Bestimmung, daß ein Rechtsstreit, durch welchen eine Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht wird, gegen den Erben zu erheben sei (§ 1903 Abs. 2), wenn ihr diese prozessualische Fassung belassen wird, dem Prozeßrecht an. Das Gleiche gilt von dem Satz (§ 1903 Abs. 1), daß, so lange das Amt des Testamentsvollstreckers besteht, nur dieser und nicht der Erbe zur Erhebung eines Rechtsstreits behufs Geltendmachung eines zum Nachlasse gehörigen Rechtes befugt ist.[2])

---

[1]) §§ 2064, 2120 ff., 2176.

[2]) Sehr entschieden muß dagegen Verwahrung eingelegt werden, daß bei dieser Gelegenheit der Testamentsvollstrecker „gesetzlicher Vertreter der Erben" genannt wird. Durch die Aufnahme solcher unrichtigen Konstruktionen in das Gesetz wird die Konstruktionsfrage nicht entschieden, sondern nur verwirrt (vr. P. S. 27). Es zeigt sich hier ähnlich wie früher bei § 872 (s. o. § 5 S. 44), daß dem B. G. ein klarer Stellvertretungsbegriff nicht zu Grunde liegt. Von dem Merkmale jeder wahren Vertretung, daß der Vertreter ausschließlich im Interesse des vertretenen Rechtssubjektes handelt, ist

§ 2057 B. G. schreibt vor, daß der Erbe, so lange er nicht das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft verloren hat, zur Fortsetzung eines mit dem Erblasser schwebenden Rechtsstreites oder zur „Einlassung“ auf einen gegen den Erben als solchen erhobenen Rechtsstreit nicht verbunden ist. Die Bestimmung gehört in die C. P. O. Es wird aber Sorge zu tragen sein, daß die Fassung, aus welcher ein Scheinargument für die Annahme einer „Einlassungspflicht“[1]) entnommen werden könnte, entsprechend geändert wird.

Die Regel, daß das Urtheil in dem Prozesse mit dem Vorerben Rechtskraft für und gegen den Nacherben habe (§ 1830 B. G.), gehört mit der ganzen Lehre von der Rechtskraft in die C. P. O.

Auch die Bestimmung, daß eine Verurtheilung vorbehaltlich des Inventarrechtes zulässig ist und auf Verlangen des Erben erfolgen muß, (§ 2140 B. G.) ist ebenso prozessualisch, wie die fernere Bestimmung, daß die weitere Erledigung des Abzugsrechtes in diesem Falle gemäß den §§ 686, 688, 689 C. P. O. erfolge.[2])

Ganz neu und eigenthümlich ist die Art und Weise, in welcher § 2142 B. G. die Erledigung des privatrechtlichen Offenbarungseides, zu dessen Ablegung der Erbe, welcher von dem Abzugsrechte Gebrauch machen will, dem Nachlaßgläubiger verpflichtet ist, in den Rechtsstreit über den Abzug hineingezogen wird. Das Prozeßgericht soll die Leistung des Eides durch einen Beschluß anordnen, auf welchen die Vorschriften über Beweisaufnahme und Weigerung eines Beweiseides (Versäumnißurtheil!) Anwendung finden. Nach Weigerung des Eides wird dann das Abzugsrecht als unbegründet verworfen.

Hätte man die Vorschrift in die C. P. O., in welche sie gehört, gesetzt, so würde ein solches prozessualisches pêle-mêle vermieden sein. Die Sache liegt eigentlich einfach. Der Erbe ist dem Nachlaßgläubiger gegenüber verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, und zwar im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zur Begründung des Abzuges, den er dem Gläubiger machen will, muß er sich auf das von ihm zu beeidigende Inventar berufen. Hat er ein solches nicht, so wird er mit seinem Abzuge enthört, wenn nicht das Gericht Veranlassung nimmt,

---

bei dem Testamentsvollstrecker, welcher zur Durchführung des letzten Willens auch gegen den Erben berechtigt sein muß (§§ 1896 ff. B. G.), nicht die Rede. Er ist Verfüger über fremde Rechte, ohne Stellvertreter zu sein. (Vergl. pr. P. S. 676, 708).

[1]) Vergl. pr. P. S. 742.

[2]) Vergl. dazu die Abänderung der §§ 695, 696 C. P. O. durch Art. 11 E. G. B. G.

die Entscheidung auszusetzen, um dem Erben Gelegenheit zur Nachholung zu geben. Das Hereinziehen des Verfahrens zur Leistung des Offenbarungseides in den Prozeß über das Abzugsrecht muß verwirrend wirken. Wie stellt sich dieses Verfahren insbesondere zu dem in § 777 B. G. vorgesehenen?[1])

§ 1904 B. G. beschäftigt sich mit dem zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß erforderlichen Titel. Neben dem Titel gegen die Erben ist unter Umständen ein Titel gegen den Testamentsvollstrecker erforderlich. Die Bestimmung gehört nach den hier befolgten Grundsätzen in die C. P. O., ebenso wie die sich daran schließende über den Widerspruch des Testamentsvollstreckers gegen die Zwangsvollstreckung. Gegenstände, über welche der Vorerbe nicht verfügen darf, sind auch dem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben entzogen (§ 1829 B. G.); die Pflichttheilsforderung unterliegt der Zwangsvollstreckung und dem Arreste nicht, so lange sie nicht geltend gemacht ist (§ 1992 B. G.). So lange der Erbe das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, nicht verloren hat, ist Arrest und Zwangsvollstreckung nur wegen Nachlaßforderungen und nur gegen den Nachlaß zulässig (§ 2057 B. G.). Für die Dauer des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger kann der Erbe — mit gewissen Ausnahmen — die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen (§ 2130 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 2125, 2131 B. G.); ein gleiches Recht hat er, so lange das Inventar noch nicht errichtet ist (§ 2143 B. G.). Alle diese Bestimmungen stehen freilich mit bestimmten erbrechtlichen Instituten im näheren Zusammenhange. Da sie aber aus den privatrechtlichen Vorschriften die prozessualischen Konsequenzen ziehen, so gehören sie dem Prozeßrechte an, ebenso gut wie die Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände, welche sich den verschiedenen Gattungen privatrechtlicher Forderungen anschließen, oder der § 238 C. P. O., welcher von den privatrechtlichen Sätzen über Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten die prozessualische Anwendung macht.

Die besonderen Bestimmungen der K. O. über den Nachlaßkonkurs beschränken sich auf die Zuständigkeit, die Voraussetzungen des Verfahrens, die Antragsberechtigten und den Zwangsvergleich. Der Art. 13 E. G. B. G. hat von diesen Bestimmungen den § 205 Abs. 2, welcher, wenn nicht alle Nachlaßvertreter den Antrag stellen, besondere Erfordernisse der Konkurseröffnung aufstellt, und den § 206 über analoge besondere Voraussetzungen des Zwangsvergleichs gestrichen, dagegen zwei neue Bestimmungen eingefügt, welche die Anmeldung im Aufgebots-

---

[1]) s. o. § 4 S. 38.

verfahren unter gewissen Bedingungen auch für den Konkurs wirksam sein lassen, und einen Nachlaßkonkurs über den einzelnen Antheil des Miterben gestatten.

Außerdem enthält nun aber das B. G. eine ganze Reihe von Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs, welche richtiger in der K. O. unterzubringen wären.

Wenn die Bestimmung, daß die Eröffnung des Verfahrens durch die Ueberlegungsfrist gehindert werde (§ 204 K. O.), in die K. O. gehört, so ist nicht abzusehen, weshalb § 2109 B. G., welcher nach Erlöschen des Inventarrechtes den Nachlaßkonkurs nicht mehr zuläßt, und § 2144 B. G., welcher bestimmt, daß durch den Umstand, daß über die Abzugseinrede rechtskräftig erkannt ist, das Recht, den Konkurs zu beantragen, nicht berührt werde, sowie § 2130 Abs. 2 B. G., welcher besagt, daß der Nachlaßgläubiger auch während des Aufgebotsverfahrens den Konkurs beantragen darf, nicht ihren Platz in der K. O. finden sollten.

§ 2110 B. G., welcher die Nachlaßgläubiger für den Fall des Konkurses von Arrest- und Zwangsvollstreckung ausschließt, ist lediglich eine Modifikation des § 11 K. O. Die §§ 2111, 2112 B. G. modifiziren in ähnlicher Weise den § 6 K. O. bezüglich der Verfügungen des Erben über die Gegenstände der Konkursmasse, § 2113 B. G. normirt in Ergänzung des § 52 K. O. eine Reihe besonderer Masseschulden für den Nachlaßkonkurs.

Die §§ 2114 bis 2117 B. G. bestimmen in Ergänzung der §§ 54 ff. K. O., welche Forderungen als Konkursforderungen geltend gemacht bezw. nicht geltend gemacht werden können. § 2145 ordnet analog dem § 57 K. O. die Geltendmachung von Forderungen, welche durch das beneficium inventarii betroffen sind. § 2118 B. G. handelt im Anschluß an § 152 K. O. von der Geltendmachung der Konkursforderungen nach Aufhebung des Verfahrens. § 2064 B. G. ist, soweit er nicht das Aufgebotsverfahren betrifft und deshalb in die C. P. O. gehört, eine ganz überflüssige Wiederholung des § 205 K. O. § 2119 B. G. endlich ist zum Theil eine Wiederholung des neu projektirten § 206 K. O.; im Uebrigen enthält er die rein prozessualische Vorschrift, daß die Konkurse über die Erbtheile mehrerer Miterben in der Regel zu verbinden sind.[1]) § 2128 B. G. ergänzt die §§ 56, 205 K. O., insofern er dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger das Recht, den Konkurs zu beantragen oder in demselben seine Forderung geltend zu machen, nimmt. Die Unterbringung dieser konkursrechtlichen Vorschriften in das B. G.,

---

[1]) Es wäre zu prüfen, ob die Zulassung der Verbindung nicht verallgemeinert werden könnte (s. o. § 6 S. 58).

und zwar in der buntesten Ordnung, muß die einheitliche Kodifikation des Konkursrechts in der K. O. zerstören und dem Konkursgericht und allen bei der Durchführung des Konkurses Betheiligten die Arbeit ganz unnöthig erschweren. Noch ärger ist Folgendes: § 43 K. O. ordnet die abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Konkurse des Erben, allerdings unter Bezugnahme auf die Landesgesetze. Diese Regelung soll jetzt dadurch ersetzt werden, daß der Nachlaßgläubiger einen abgesonderten Nachlaßkonkurs beantragen kann. Die Ersatzvorschrift ist aber statt in die K. O. in § 2150 B. G. gesetzt und die K. O. soll künftig einen § 43 erhalten, welcher besagt: „Ist der Konkurs über das Vermögen eines Erben eröffnet, so bestimmen sich die Rechte der Nachlaßgläubiger nach den Vorschriften des § 2150 B. G."

Auch die Bestimmung, daß Gegenstände, über welche der Vorerbe nicht verfügen darf, in dem Konkurse über sein Vermögen nicht angegriffen werden dürfen (§ 1829 Abs. 2 B. G.) gehört in die K. O., wo sie indeß durch eine Verweisung auf das Zwangsvollstreckungsrecht abgemacht werden kann. Das Gleiche gilt von § 1992 B. G., insofern er die Pflichttheilsforderung vor ihrer Geltendmachung durch den Berechtigten nicht zur Konkursmasse gehören läßt.

II. Grundbegriffe.

1. Anspruch oder Forderung?

§ 8.

Einer modernen Privatrechtskodifikation erwachsen, namentlich wenn sie bestrebt ist, sich in ihren Grundbegriffen möglichst eng an das römische Recht anzuschließen, die größten Schwierigkeiten durch die römischen Begriffe actio und exceptio. Diese stehen mit dem schon früher hervorgehobenen[1]) Umstande in Verbindung, daß das römische Rechtssystem ein Prozeßrechtssystem mit privatrechtlichem Inhalt war, ähnlich wie wir es noch jetzt in Werken von sehr zweifelhaftem Werthe mit der Ueberschrift „Klage und Einrede" finden können. Bei der modernen Auseinandersetzung zwischen Privatrecht und Prozeß müssen diese Begriffe fallen, und es ist für das Privatrecht wie für den Prozeß zu prüfen, ob und wie ihre Stelle zu ersetzen ist.

Die wissenschaftlichen Erörterungen über die Frage haben keineswegs schon zu einem klaren Ergebnisse geführt. Bezüglich des positiven Aufbaues ist das auch sehr erklärlich. Weniger begreiflich ist es, daß

1) s. o. § 2 S. 7.

man auch über den Wegfall der römischen Begriffe noch nicht einig geworden ist.

Bei dieser Sachlage kann keine Rede davon sein, den Verfassern des Entwurfes einen persönlichen Vorwurf daraus zu machen, daß auch sie auf diesem Gebiete nicht zu klaren und völlig befriedigenden Grundbegriffen gelangt sind. Ein Ueberblick über die Sachlage wird aber auch hier vielleicht die weitere Beschlußfassung über den Entwurf fördern können.[1])

Die römische actio[2]) ist die durch Rechtsnorm des ius civile oder des ius praetorium unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Aussicht auf iudicium. Um diese Aussicht einem bestimmten Subjekt zuzuschreiben, genügt das Vorhandensein einer Berechtigung absoluter oder relativer Natur, aus welcher Forderungen oder sonstige gegen einen Anderen zu erhebende Begehren hervorgehen könnten, welche als res, de qua agitur, mittels jener actio geltend zu machen sind. Daß aber solche Forderungen bereits vorhanden sind, ist nicht erforderlich. In diesem Sinne werden dem Eigenthümer rei vindicatio und actio negatoria zugeschrieben, auch wenn ihm noch Niemand seine Sache vorenthalten oder dingliche Rechte an derselben beansprucht hat; sie gehen zunächst gegen Jedermann; ebenso hat der Darlehnsgläubiger die condictio mutui, auch wenn seine Forderung noch nicht fällig ist. Zum wirksamen Gebrauch der actio, zur experiundi potestas ist aber immer eine Forderung oder ein sonstiges gerechtfertigtes Begehren, die res, de qua agitur, erforderlich. Es besteht dabei zwischen absoluten und relativen Rechten der Unterschied, daß der Inhalt der letzteren in der res, de qua agitur, aufgeht, und daher ist die Identifizirung von obligatio und actio sehr häufig.

Die Besonderheit dieser theoretischen und praktischen Auffassung der Römer besteht aber darin, daß die actio in dem hier gegebenen Sinne ein nothwendiges Mittelglied zwischen Privatrecht und Rechtsschutz bildet. Nullum iudicium sine actione.[3]) Es versteht sich, wenn man

---

[1]) Außerhalb der gestellten Aufgabe liegt ein Eingehen auf solches unmotivirte Fortschleppen veralteter römischer Sätze, welches nicht mit dem Aktionenrecht in Verbindung steht. Damit ist z. B. die nähere Kritik von § 2052 B. G. ausgeschlossen, der das Erlöschen des Besitzes mit dem Tode — schon im neueren römischen Rechte eine Anomalie — aus unrichtigen doktrinären Gründen dem dringenden praktischen Bedürfnisse entgegen festhält. Vergl. dazu Bähr S. 512, 513. Die preußische Praxis, auch die des Reichsgerichtes, macht es freilich auch nicht besser. Vergl. pr. P. S. 173.

[2]) Vergl. pr. P. S. 40.

[3]) Von extraordinaria cognitio, interdictum u. s. w. darf hier abgesehen werden.

ein Privatrecht, eine Forderung hat, nicht von selbst, daß man auch Rechtsschutz hat. Man bedarf einer actio, in welche die Forderung fällt (venit in actionem), und eine solche hat man nicht immer. Denn es gibt keine für alle Fälle passende actio generalis, und die Zahl der einzelnen actiones ist eine bis auf Weiteres geschlossene. Fehlt es an der actio oder ist dieselbe weggefallen, so besteht ein Recht bezw. eine obligatio sine actione.

In Folge der prinzipalen Wichtigkeit der actio hatte das subjektive Privatrecht für die Römer nur sekundäre Bedeutung. [1]) Die prätorische Rechtsentwickelung insbesondere schuf nicht neue Rechtssätze und Berechtigungen rein privatrechtlicher Natur, sondern neue actiones, und so entstehen auch actiones, denen eine obligatio civilis nicht zu Grunde liegt.

In Verbindung mit dieser eigenthümlichen Anschauung steht dann auch das „ne bis de eadem re sit actio"; durch den Gebrauch der actio entsteht Verbrauch von res und actio.

Der hervorragenden Bedeutung der actio entspricht es auch, daß die wichtigsten Eintheilungen, vor allen Dingen die nach der Dinglichkeit und Persönlichkeit, nicht auf die Rechte, sondern auf die actiones abgestellt wurden, daß die Lehre von der Konkurrenz und der Endigung, insbesondere auch durch Verjährung, die actio und nicht die zu Grunde liegende Berechtigung ins Auge faßte.

Schon im neuesten römischen Rechte hatte dieser Aktionenbegriff, welcher mit dem klassischen römischen Civilprozeß stehen und fallen muß, manche Einbuße erlitten. Aber die actiones blieben gleich den interdicta, wenigstens dem Namen nach, bestehen. Sie sind dem Namen nach auch in das gemeine deutsche Recht übergegangen, wo sie dann unter dem Namen „Klage" oder „Klagerecht" als Institute des geltenden materiellen Rechtes weiter fortgeschleppt wurden. Es war das freilich nur möglich, indem man einerseits die historische Entwickelung eines Jahrtausends ignorirte, und andererseits in den römischen Aktionenbegriff Elemente hineintrug, welche demselben völlig fremd waren.

Der wesentliche Unterschied unserer modernen Auffassung und der römischen besteht darin, daß, während den Römern eine scharfe Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und eine klare Erkenntniß der besonderen rechtlichen Grundlage des letzteren fehlte, und sie demzufolge auch geneigt waren, den Rechtsschutz auf Privatberechtigungen der Parteien und auf ein gegenseitiges sich Obligiren derselben zurückzuführen, der Rechtsschutz heute ganz klar und rein als Staatsaufgabe erkannt ist, daß, wie das preußische Landrecht sich treffend aus-

---

[1]) S. o. § 2 S. 7.

drückt,[1]) die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Einwohner zu sorgen, der Grund der demselben zukommenden Gerichtsbarkeit ist. Lediglich auf dieser Pflicht und diesem Rechte des Staates beruht der Rechtsschutz. Dagegen war in der römischen Auffassung der Rechtsschutzbegründung ein privatrechtliches Element beigemischt. Der Rechtsschutz im konkreten Falle beruht auf der dem Betheiligten zustehenden, mit seiner Berechtigung erwachsenen actio.

Im Zusammenhange damit steht die heutige Allgemeinheit des Rechtsschutzes. Wenn heute eine vollkommen rechtsgültige Forderung vorhanden ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß auch der Rechtsschutz gewährt wird. Der Vermittelung einer actio bedarf es nicht.

Damit ist evident, daß die römische actio nicht mehr ein Element des modernen Rechtes sein kann. Dieses Mittelglied zwischen Privatrecht und Prozeß muß fallen, und es kann sich nur fragen, was im Privatrecht und im Prozeß an die Stelle desselben zu setzen ist.[2])

Es wäre die Aufgabe der historischen Schule gewesen, auf der einen Seite für das römische Recht den Aktionenbegriff in seiner Reinheit darzustellen, andererseits nachzuweisen, daß derselbe für das moderne Recht antiquirt ist, und in diesem letzteren die so entstandene Lücke richtig auszufüllen.

Savigny[3]) ist aber im Wesentlichen auf dem Standpunkte der hergebrachten gemeinrechtlichen Lehre stehen geblieben. Diese hatte dem römischen Aktionenbegriff ein demselben fremdes germanisches Element, die Rechtsverletzung, beigemischt[4]) und den so gewonnenen Begriff dem

---

[1]) § 3 II, 17.

[2]) Die Prüfung der Klagbegründung kann aber nach wie vor nur von einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkte aus erfolgen, ohne daß aber, wenn der erste Gesichtspunkt nicht zutrifft, die Hineinziehung eines zweiten und dritten ausgeschlossen wäre. In diesem Sinne muß noch heute die Frage nach der rechtlichen Spezialisirung des Klagebegehrens (qualis sit actio) vor der Prüfung der Begründung (actio an sit fundata) beantwortet werden. c. 6 X de iud. (2, 1) und § 20 I, 5 preuß. A. G. O., welche das investigare, cujus modi actio intentetur, bezw. das ängstliche Sichbinden an die genera und formulae actionum perhorresziren, stehen damit nicht in Widerspruch. Richtig verstanden, haben diese ganz vernünftigen Vorschriften den Tadel Savigny's (System 5 S. 149) nicht verdient. Von Unverständigen konnten sie freilich dazu mißbraucht werden, jeder methodischen Sachprüfung entgegenzutreten.

[3]) System des heutigen römischen Rechtes Band 5 S. 1 ff., 286.

[4]) Vergl. Bethmann-Hollweg, der Civilprozeß des gemeinen Rechtes, Bd. 1, § 15 S. 27 ff.; Bd. 4, § 2 S. 3 ff. und vor Allem § 12 S. 24 ff.

geltenden Rechte unterzulegen gesucht. Actio (Klage, Klagerecht) ist danach ein aus der Verletzung des Rechtes entspringendes, auf Aufhebung der Verletzung gehendes Verhältniß. Verletzung ist Verneinung oder faktischer Eingriff. Bei Kontraktsobligationen ist die Obligation vor der Verletzung vorhanden, bei Deliktsobligationen fallen Verletzung und Entstehung der Obligation zusammen, aber jede Verzögerung der Erfüllung ist eine neue Rechtsverletzung, durch welche die Klage begründet wird. Bei dem Eigenthum erzeugt die bloße Verletzung an sich schon ein obligationsähnliches Verhältniß, eine wahre Obligation entsteht aber erst durch die Litiskontestation.

Mit dieser Rechtsverletzungstheorie ist dann von Anderen ein großer Mißbrauch getrieben. Der Empfänger eines ohne Zeitbestimmung gegebenen unverzinslichen Darlehens ist nicht nur zur Rückgabe des Darlehens im Momente des Empfanges verpflichtet, sondern er begeht auch eine Rechtsverletzung, wenn er nicht in demselben Augenblicke zurückzahlt. Also ohne Rechtsverletzung läßt sich der wirthschaftliche Zweck des Darlehens nicht erreichen; ein Darlehen ohne Rechtsverletzung könnte nur als Kinderspiel oder Karnevalsbelustigung in Szene gesetzt werden. Noch ärger ist es bei der Verwahrung ohne Zeitbestimmung. Wenn der Verwahrer keine Verletzung der Rückgabepflicht begehen will, so muß er sofort zurückgeben. Dann wird freilich der Zweck der Verwahrung nicht erreicht, und der Verwahrer verletzt seine Verpflichtung zur Aufbewahrung. Behält er die Sache, so wird er umgekehrt zwar seiner Verwahrungspflicht gerecht, aber er verletzt seine Rückgabepflicht. Seine Vertragserfüllung ist in jedem Falle zugleich nach der anderen Seite Rechtsverletzung. Kein rechtlich denkender und handelnder Mensch darf eine Verwahrung übernehmen. Nach dieser Auffassung ist etwas gleichzeitig rechtlich erlaubt und unerlaubt, und das volenti non fit iniuria hat seine natürliche Geltung verloren. Zur Beruhigung fügt man freilich hinzu, daß zur Verletzung nicht nothwendig sei, daß der Schuldner subjektiv ein Unrecht begehe, oder daß sich der Gläubiger verletzt fühle, es genüge, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung bestehe, dem nicht Genüge geleistet sei.[1])

Ich will demgegenüber nicht fragen: Was ist damit aus der altgermanischen Rechts- und Ehrenkränkung gemacht, wie ist die altgerma-

[1]) Vergl. Dernburg, Pandekten I § 146, und namentlich Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte I S. 172: „Für uns ist die objektive Rechtsverletzung von vornherein vorhanden, seitdem der Schuldner durch unbetagten Realkontrakt verpflichtet war, und doch (!) die Leistung, sei es immer mit Billigung des Gläubigers, ausließ."

nische Auffassung vom Rechtsstreit, bei der es sich auch im Civilprozeß nicht um Entscheidungen über Berechtigungen auf objektiver Grundlage handelte, sondern die höchst persönliche Satisfaktion wegen erlittener Kränkung durchgesetzt wurde, denaturirt? Denn darauf wird mit Recht entgegnet, daß der altgermanische Subjektivismus der römischen Objektivität weichen mußte. Aber ist in den gedachten Fällen auch nur die leiseste Spur einer objektiven Rechtsverletzung, eine Normwidrigkeit zu finden? und wenn nicht, wie kommt man dazu, dennoch von Rechtsverletzung zu sprechen? Es ist das kein bloßer Streit um Worte. Wer Eigenthum Diebstahl nennt, verstößt nicht blos gegen den Geist der Sprache.[1])

Vor Allem aber ist diese Rechtsverletzungstheorie dem römischen Rechte ebenso fremd wie dem modernen. Man kann sie dem praktischen Sinne der Römer gar nicht zutrauen. Die actio stützt sich einfach darauf, daß der actor ein Recht gegenüber dem reus hat. Zur experiundi potestas gehört nichts als ein gegenwärtiges vollkommenes, d. h. mit actio versehenes Recht. „Eine Stelle im Corpus iuris civilis, welche als causa actionis die Rechtsverletzung bezeichnet, ist überhaupt noch nicht entdeckt".[2]) Die legis actio ist nicht, wie Savigny[3]) sagt, die zur Abwehr der Verletzung anzuwendende Thätigkeit, sondern die Durchsetzung der eigenen Berechtigung,[4]) und die spätere römische Auffassung ist in diesem Punkte dieselbe geblieben. Freilich kommt es nicht zur Litiskontestation, wenn nicht der Beklagte der vindicatio oder intentio eine contravindicatio bez. negatio entgegenstellt. Aber es wäre dennoch ganz verfehlt, als die Grundlage des iudicium nicht das klägerische Recht, sondern

---

[1]) Und das Alles geschah hauptsächlich, weil man den schon durch das praktische Bedürfniß gegebenen Satz, daß in den genannten Fällen die Verjährung mit der Hingabe der Sache beginnt, sonst nicht zu erklären wußte. Wäre es nicht besser, offen die Unerklärbarkeit einzugestehen, als eine Erklärung aufzustellen, welche an den gesunden Menschenverstand unerfüllbare Anforderungen stellt?

[2]) Briegleb, Vermischte Abhandlungen I S. 168.

[3]) A. a. O. S. 7.

[4]) Man vergleiche das römische „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam" mit dem longobardischen: „Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine unum bovem" oder dem bajuwarischen: „Haec mihi iniuste abstulisti, quae reddere debes et cum tot solidis componere", oder auch den Formeln aus dem Richtsteig: Her richter, so steit hir N. unde claget unseme Heren gode unde ju in godes stede, dat N. si komen webber gode unde webber recht unde hebbe em jammerliken afgemordet sinen liven vrunt edder he hebbe eme waldinges afgerovet N... unde bidbet rechtes gerichtes over den vorbenomeden misdedigen man.

die durch die Bestreitung desselben begangene Rechtsverletzung zu betrachten.[1])

Und heute bestimmt unsere C. P. O. (§ 89 in Verbindung mit § 278), daß, wenn der Beklagte den „Anspruch" sofort anerkennt, zwar die Prozeßkosten dem Kläger zur Last fallen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, daß aber in der Sache selbst der Beklagte dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen ist. Damit ist der Rechtsverletzungstheorie, wie auch jetzt die Motive zum B. G.[2]) mit Recht hervorheben, der Boden entzogen, und mit ihr fällt auch die Savignysche Theorie vom Klagerecht.

Den erheblichsten Fortschritt hat unsere Lehre Windscheids Arbeit über die actio des römischen Civilrechtes vom Standpunkte des heutigen Rechtes zu verdanken.[3]) Das negative Ergebniß dieser Untersuchung ist eine Errungenschaft von bleibendem Werthe, da sie für jeden weiteren positiven Aufbau die nöthige Vorbedingung bilden muß.

„Verweisen wir die Aktionen aus unseren Darstellungen des heutigen Rechts, und stellen wir sie dahin, wohin sie gehören, in die Rechtsgeschichte. Mögen wir unseren Aktionen einen ähnlichen Nachruf nachsenden, wie einst Schiller den Göttern Griechenlands; — aber ins Grab gehören sie doch."[4])

Windscheid[5]) führte nun den Begriff „Anspruch" ein und definirte denselben als das Recht, von einem Anderen „Etwas" zu verlangen. Er unterscheidet dingliche und persönliche Ansprüche, je nachdem sie in dinglichen oder persönlichen Rechten enthalten sind. Das dingliche Recht wird durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gegen Jedermann gebildet, welche bereits von vornherein und vor jedem Eingriff in das Recht vorhanden sind. Die dinglichen Ansprüche gehen zunächst auf die

---

[1]) Dazu kommt aber, daß die actio auch vor der Litiskontestation ihre Bedeutung hat und namentlich auch durch confessio erledigt werden kann. Wie hätte man auch die Anstellung der actio bei der in iure cessio (Gaj. II, 24) zur Rechtsübertragung verwenden können, wenn man darin nicht die Geltendmachung der Berechtigung, sondern die Verfolgung einer Rechtsverletzung erblickt hätte?

[2]) I S. 359.

[3]) Daher sagt Wach, der Feststellungsanspruch, S. 20: „Windscheid hat den ersten und entscheidenden Schritt gethan, um unseren Begriff des subjektiven Privatrechtes zu reinigen von dem aktionenrechtlichen prozessualen Element".

[4]) S. 232. Auch das Fehlen der Rechtsverletzung in dem Begriffe der actio ist von Windscheid klar erkannt.

[5]) Vergl. Pandekten I § 83.

Negative, die Unterlassung; sie verwandeln sich aber durch Verletzung in den positiven Anspruch auf Wiederaufhebung. Persönliche Ansprüche gehen gegen bestimmte Personen und können zum Gegenstande etwas Positives oder Negatives haben.

Was das Verhältniß des Anspruches zur actio betrifft, so meint er, den Römern habe der Begriff des Anspruches gefehlt. Die actio sei nicht der Anspruch, weil dabei das Element des Gerichtsschutzes mitgedacht werde. Aber an dieses Element in seiner spezifischen Bedeutung werde häufig nicht mitgedacht, der Begriff actio ersetze die Stelle des Anspruches.

Ohne das Richtige in Windscheids Ausführungen zu verkennen hat dann Bekker[1]) auf die römische res de qua agitur hingewiesen und ausgeführt, daß unter dem heutigen Anspruche eher diese res, als die actio, mittelst welcher sie durchgeführt wird, zu verstehen sei.

Es würde an sich nicht viel verschlagen, daß Windscheid Anspruch und actio — freilich ohne ihre Identität zu behaupten — in ein zu nahes verwandtschaftliches Verhältniß gebracht hat, wenn nicht darunter der Aufbau des Anspruchsbegriffes gelitten hätte. Windscheid[2]) hat die absoluten Rechte, zu denen auch die binglichen gehören, von den relativen, insbesondere den persönlichen, dadurch richtig geschieden, daß erstere gegen Jedermann bez. gegen alle Normunterworfenen wirken, letztere nur gegen bestimmte Personen;[3]) er hat nicht verkannt, daß aus den absoluten Rechten durch besondere Umstände, z. B. durch Vorenthaltung der Sache, relative Rechte entspringen können.

Auch einen anderen Unterschied der Rechte hat er nicht unbeachtet gelassen, daß es nämlich Rechte gibt, welche auf Gebotsgesetzen beruhen und darum ein Thun (dare, facere) des Verpflichteten erheischen, und Rechte, welche lediglich auf Verbot beruhen und daher nur ein non contra facere (pati, omittere) verlangen. Er hebt völlig richtig hervor, daß das absolute (dingliche) Recht nur auf Verboten beruht, daß dagegen das relative (persönliche) Recht in den meisten Fällen auf Gebotsgesetzen beruht, aber auch auf Verbotsgesetzen beruhen kann und im ersteren Falle einen positiven, im zweiten einen negativen Inhalt hat.[4])

---

[1]) Vergl. vornehmlich die Aktionen des römischen Privatrechtes I S. 1 ff.

[2]) Pandekten I § 41.

[3]) Der Grund ist der, daß erstere auf absoluten Normen und dadurch begründeten Pflichten Aller beruhen, die letzteren dagegen auf relativen Normen und den dadurch hervorgerufenen Pflichten bestimmter Personen gegen bestimmte andere Personen. Vergl. pr. P. S. 37.

[4]) Vergl. Pandekten I § 27, A. 1; 37, A. 2; 38, A. 3; 39, A. 1; 43, A. 7.

Aber er hat diesem Unterschiede nicht das ihm gebührende Gewicht beigelegt. Wenn er bemerkt: „Man kann übrigens sagen, daß auch das Verbot ein Gebot sei: Gebot der Unterlassung", so ist das zwar nicht zu bestreiten, aber es wird damit nicht genügend darauf hingewiesen, daß der Unterschied Gebot — Verbot tiefgreifende rechtliche Folgen hat. Die auf Gebot beruhenden, wenn auch aus einem absoluten Rechte hervorgegangenen, Rechte können durch Thun des Verpflichteten befriedigt werden. Hier ist Erfüllung, Leistung und dadurch Ueberführung aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung möglich. Bei den lediglich auf Verbot beruhenden absoluten oder relativen Rechten ist dagegen eine Erfüllung, Leistung gar nicht denkbar,[1]) sondern nur eine Zuwiderhandlung, eine Ueberführung aus dem Zustande des Befriedigtseins oder richtiger des Friedens in den der Verletzung. Erst durch die Zuwiderhandlung entsteht ein positives Recht, welches der Erfüllung fähig ist. Es ist unnatürlich und verwirrend, die auf Negatives gehenden Rechte als „Ansprüche" oder Rechte, von einem Anderen „Etwas" zu verlangen, zu bezeichnen. Denn man nimmt dadurch die Sätze von Leistung und Erfüllung für einen Fall in Anspruch, auf den sie gar nicht passen.[2])

Hätte Windscheid den Anspruch auf das beschränkt, auf was er seiner Natur nach zu beschränken war, nämlich auf das Recht auf positive Leistungen, so würde er zugleich die von Anderen als seltsam[3]) bezeichnete Auffassung aufgegeben haben, nach welcher das dingliche Recht von vornherein aus einer unbegrenzten Vielheit von Ansprüchen gegen Jedermann besteht.

Der tiefere Grund dieser Mängel des Anspruchsbegriffes liegt in einer zu weit gehenden sachlichen Identifizirung des Anspruches mit der actio. Es handelt sich dabei nicht blos um den Gerichtsschutz. Die römische obligatio und die damit verbundene actio können auf pati und

---

[1]) Dieselbe könnte doch nur in dem geraden Gegentheile des Begriffes, dem Nichtsthun, bestehen.

[2]) In diesem Sinne sagt auch Kohler a. a. O. S. 11: „bei den obligationes non faciendi entsteht daher ein Anspruch erst mit der Störung."

[3]) Ihering, Jahrb. für Dogmatik 10 S. 392: „Diese reine negative und abstrakte Verpflichtung der gesammten Welt hat keinen Anspruch darauf, zu einem besonderen Begriffe erhoben zu werden." — Kohler, Recht und Prozeß, in Grünhut's Zeitschr. 14 S. 6: „Hiernach steht der Eigenthümer der geringfügigsten Sache in einem Rechtsverhältnisse zum Neger am Stanley Pool oder zum Noeforezen an der Geelvinksbai; jedes neu entstehende Eigenthum durchbebt die ganze Menschheit mit seinem Schauer und jedes neu gegrabene Erzstück bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht."

omittere gehen, von dem Vorhandensein von rei vindicatio und actio negatoria kann vor jeder Störung gesprochen werden. Von dem Anspruche muß, wenn der Begriff praktisch brauchbar sein soll, das Gegentheil gelten.[1])

Der „Anspruch" im Sinne Windscheids ist ein privatrechtlicher. Neuerdings wird nun von Wach der Anspruch als „Rechtsschutzanspruch" für das publizistische Gebiet, für den Civilprozeß verwandt. Vorher hatten Degenkolb und Plósz Jedem, welcher thatsächlich, gleichviel ob mit oder ohne Grund, das Gericht zur Thätigkeit veranlaßt, ein publizistisches Klagerecht zugeschrieben. Unter ausdrücklicher Ablehnung dieses Standpunktes, nach welchem auch der Böswillige ein Recht gegen den Staat hat, gibt Wach seinen Rechtschutzanspruch nur dem, welcher Recht hat, also je nachdem dem Kläger oder dem Beklagten. Aehnlich wie nun nach der Savignyschen Ansicht der Inhalt der Privatrechte schließlich im Klagerechte aufgeht und wie nach Windscheid das ganze Privatrecht in Ansprüche (Eigenthumsanspruch, Dienstbarkeitsanspruch, Pfandanspruch, Schenkungsanspruch, Darlehnsanspruch, Erbschaftsanspruch, Vermächtnißanspruch u. s. w.) zerfällt, so ist nach Wachs Auffassung das Prozeßrecht ein System von Rechtsschutzansprüchen. So viele Formen des Rechtsschutzes, so viel verschiedene Rechtsschutzansprüche, Feststellungsanspruch, Urtheilsanspruch, Vollstreckungsanspruch, Konkursanspruch, Mahnanspruch, Urkundenanspruch, Klauselanspruch, Beweissicherungsanspruch, Bestätigungsanspruch, Konkursaufnahmeanspruch, Konkurstheilnahmeanspruch[2]) u. s. w.

Es ist an sich vielleicht harmlos, aus der Pflicht des Staates, den Rechtsschutz zu gewähren, ein allgemeines Recht der Betheiligten auf den Rechtsschutz herzuleiten. Aber eine weitere Erklärung und Begründung des Rechtsschutzes, welcher es auch gar nicht bedarf, ist dadurch nicht gewonnen.[3]) Nicht die Annahme eines Rechtsschutzanspruches an und für sich ist das Bedenkliche, sondern der Aufbau

---

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht (vergl. namentlich S. 47, 196, 218, 247 f., 257 ff.), welcher den Gegensatz von Verbot und Gebot besonders hervorgehoben und klar zum Ausdrucke gebracht hat, daß bei bloßen Verboten Erfüllung und Erfüllungszwang ausgeschlossen sind, geht nach der anderen Seite zu weit, wenn er als Voraussetzung jedes Anspruches eine Normwidrigkeit hinstellt, jeden Erfüllungs- und Sicherungszwang auf eine objektive Normwidrigkeit zurückführt und das subjektive Recht nur in der Aussicht auf Ansprüche bestehen läßt. — Er verkennt übrigens nicht, daß Unbefriedigtsein des Klägers zum Klageerfolg genügt.

[2]) Oetker, Konkursrechtliche Fragen S. 55, 59, 81.

[3]) Vergl. dazu Zeitschr. S. 427 ff.

des Civilprozeßrechtes auf dieser Basis, und die dem Charakter des Civilprozeßrechtes, welches der Aufgabe des Prozesses entsprechend Berechtigte und Unberechtigte zunächst gleich behandeln muß, widersprechende Zerlegung desselben in ein System subjektiver Rechte, welche, obwohl ihre publizistische Natur zugegeben wird, in einer Weise behandelt werden, die der gewohnten Behandlung der subjektiven Privatrechte mindestens sehr ähnlich sieht.

Wachs neueste Schrift[1]) bringt, so verdienstlich und lehrreich sie im Uebrigen ist,[2]) zur Begründung der Ansicht, „daß der Rechtsschutzanspruch der Schlüssel sei, welcher uns das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozeß und das System der Rechtsschutzmittel eröffnet, daß in ihm die Brücke vom Privatrechte zum Prozeß sei", keinen neuen wichtigen Gesichtspunkt. Der Hinweis (S. 29) auf die schnöde Rechtsverweigerung, wenn dem Kläger der Rechtsweg verschlossen werde, und Art. 77 der Reichsverfassung ist für Wach selbst sehr gefährlich. Auch der ganz frivole, unberechtigte Kläger kann, wenn man ihm nicht Recht sprechen will, schließlich den Bundesrath mit Erfolg in Bewegung setzen. Ein solcher hat aber nach Wach keinen Rechtsschutzanspruch, also kann die Rechtsverweigerung nicht auf einen solchen gegründet werden und trägt daher auch umgekehrt zur Fundirung desselben nichts bei. Würde man auch da einen Anspruch annehmen, so wäre man wieder bei Degenkolb angelangt, den doch Wach ausdrücklich ablehnt.[3]) Einen Schlüssel für Wachs Auffassung gibt Anm. 44 S. 31: „Wer in der römischen actio solche (publizistische Rechtsschutzansprüche) eingeschlossen findet, steht auf dem Standpunkte ihrer grundsätzlichen Bejahung." Auch Wach steht, freilich in einer anderen Weise wie manche Pandektisten, noch im Banne der römischen actio. Die Aufstellung seines Rechtsschutzsystems für das moderne Recht ist ein, natürlich unbeabsichtigter, Versuch zur Verewigung der doch ins Grab gehörigen Aktionen nach ihrer publizistischen Seite, ein Pendant zu den privatrechtlichen Klagerechten. Mit der Erkenntniß, daß unser Prozeßrecht durchweg auf anderen Prinzipien beruht, als das römische Aktionenrecht, muß auch dieses Rechtsschutzsystem fallen.

---

[1]) Der Feststellungsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.

[2]) Ich denke z. B. an die Ausführung S. 17 über Urkundenklage und ordentliche Klage, S. 18 gegen den materiellen Arrestanspruch, S. 20 über das Fortschleppen der Aktionen in den Pandektenwerken, und an manche der speziellen Ausführungen über die Feststellungsklage von S. 34 ab.

[3]) Die sich daran schließende Polemik gegen Schuppe scheint mir dessen wirkliche Meinung nicht zu treffen.

Für die hier verfolgten Zwecke kommt es aber allein darauf an, festzustellen, daß und wie der Ausdruck „Anspruch" in der Theorie, und zwar von hoch angesehener Seite, auch für prozessualische Dinge gebraucht wird.

Bezüglich der Einführung des Ausdruckes „Anspruch" in die Gesetzessprache stehen wir heute vor der vollendeten Thatsache, daß die C. P. O. von dem Worte den ausgiebigsten Gebrauch gemacht hat.[1]) Anspruch im Sinne der C. P. O. ist nun aber etwas ganz Anderes, als der Anspruch, wie er in den bisherigen Erörterungen hervortrat. Er deckt sich weder mit dem privatrechtlichen Anspruche Windscheids noch mit dem publizistischen Rechtsschutzanspruche Wachs. Von dem ersteren unterscheidet er sich schon durch seinen größeren Umfang. Im Sinne der C. P. O. wird mit jeder Klage ein Anspruch erhoben (§ 230 Abs. 2 Z. 2). Da nun aber, wie allbekannt ist, keineswegs jede Klage auf Befriedigung eines privatrechtlichen Anspruches, auf eine Leistung gerichtet ist, so gibt es Klagen, bei denen nur im Sinne des Prozeßrechtes, nicht aber auch im Sinne des Privatrechtes von Anspruch die Rede sein kann.

Von beiden Ansprüchen, dem Privatrechtsanspruche wie dem Rechtsschutzanspruche, unterscheidet sich aber der Anspruch der C. P. O. dadurch, daß er gar kein subjektives Recht ist, sondern ein für den Prozeß unentbehrliches Ding, bei dem völlig dahingestellt bleibt und bleiben muß, ob eine Berechtigung zu Grunde liegt. Der Prozeß ist die „Rechtsvergewisserungsoperation". Die „Gewißheit" selbst tritt erst ein, wenn der Rechtsstreit zu Ende ist. Während des prozessualischen Vorganges muß es dem Wesen des Prozesses nach in Frage stehen, ob Kläger Recht hat oder nicht.[2]) Wäre der Gegenstand des Prozesses schon während desselben ein Recht, so stände ja das schon fest, was der Prozeß erst ermitteln soll. Die Auffassung des Gegenstandes des Prozesses als eines Rechtes, nicht einer bloßen Rechtsbehauptung, steht daher mit dem Wesen des Prozesses in Widerspruch. Für den Gegenstand des Prozesses in diesem Sinne bedarf nun die Sprache des Prozesses eines Ausdrucks und die C. P. O. hat dafür „Anspruch" gewählt.[3]) Einen Anspruch im Sinne der C. P. O.

---

[1]) Von der Verwendung des Wortes in anderen Gesetzen kann hier abgesehen werden.

[2]) „Im wirklichen Leben erscheint jedes Klagerecht zunächst nur als einseitige Behauptung, die ebensowohl wahr als falsch sein kann." Savigny, System 5, S. 159. — „Die Klage setzt nur ein potentielles Recht voraus. Sie ist kein Ausfluß eines vorhandenen Anspruches oder eines allgemeinen publizistischen Klagerechtes." Kohler a. a. O. S. 38.

[3]) Vielleicht wäre „Begehren" vorzuziehen gewesen, um jedes Mißverständniß auszuschließen.

erhebt also jeder Kläger, auch der ganz unberechtigte und böswillige. Auch für ganz ungerechtfertigte Ansprüche ist das Gericht zuständig, verhandelt über sie, weist sie ab u. s. w. Anspruch im Sinne der C. P. O. ist also nichts Anderes als das Begehren, welches der Kläger thatsächlich erhoben hat ohne jede Rücksicht auf seine wirkliche Rechtfertigung.

Erst nach diesen langen, aber zum Verständniß des Folgenden unentbehrlichen, Erörterungen kann zur Besprechung des B. G. übergegangen werden.

Das B. G. will, wie die Motive sagen,[1]) mit dem römischen Aktionenwesen und seinen Konsequenzen brechen. Dieses Vorhaben ist mit Freuden zu begrüßen. Es ist in mancher Richtung gar sehr zum Vortheil des Entwurfes ausgeführt worden. Klage und Klagerecht im Sinne des Privatrechtes sind im Großen und Ganzen[2]) entfernt,[3]) die actio nata mit ihrem unrömischen Anhange, der Rechtsverletzung, ist ebenfalls verschwunden. Die mit dem römischen Prozesse in Verbindung stehende Unselbständigkeit der Nebenrechte ist aufgegeben. Die Reminiszenzen an die römische Litiskontestation und prozessualische Konsumtion sind ausgemerzt; damit ist auch die römische Lehre beseitigt, daß die Voraussetzungen zur Verurtheilung schon zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein müßten.[4])

Nicht so befriedigend ist dagegen die Ausgestaltung des Anspruchsbegriffes ausgefallen, und dieser Mangel ist deshalb ein so erheblicher, weil in dem B. G. der Anspruch, nach dem Vorbilde Windscheids, das ganze Privatrechtssystem durchzieht.

Eins haben freilich die Motive[5]) klar erkannt und zum Ausdrucke gebracht. Der Anspruch des B. G. fällt auch seinem Umfange nach nicht zusammen mit dem Anspruche der C. P. O. „Nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des Entwurfes fällt das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch. — Die C. P. O. steht in letzter Hinsicht auf einem abweichenden Standpunkte."

---

[1]) I S. 357.

[2]) Wo das Wort „Klage" im Entwurfe noch vorkommt, bedeutet es die prozessualische Klage. Vergl. §§ 170, 171, 174, 822, 823, 1253, 1276, 1445, 1446, 1475, 1476, 1477, 1632. Bezüglich mancher dieser Vorschriften ist aber bereits im ersten Abschnitte dieser Arbeit ausgeführt, daß sie der C. P. O. überwiesen bezw. ihrer prozessualischen Fassung entkleidet werden können.

[3]) Hier stehe ich im Gegensatze zu Gierke, S. 870, doch glaube ich, daß die Differenz durch die Uebereinstimmung in der Kritik des „Anspruchs" (S. 868 ff.) mehr wie aufgewogen wird.

[4]) Vergl. Mot. I, S. 307, 359.

[5]) I S. 291.

Auch ist insofern ein Fortschritt über Windscheid hinaus gemacht, als die rein sachenrechtlichen Ansprüche erst durch die Vorenthaltung bezw. Beeinträchtigung entstehen.[1])

Aber die Definition des Anspruches, welche das B. G. gibt, ist dennoch unrichtig und unzweckmäßig, und in der Normirung im Einzelnen ist weder diese Definition, noch irgend ein anderer Grundbegriff festgehalten. Die Legaldefinition des Anspruches wird in dem besonderen Abschnitte von der Verjährung gegeben, sie tritt aber mit dem Anspruche der Allgemeingültigkeit auf[2]) und hätte daher auch einen anderen Platz haben müssen. Anspruch ist nach § 154 in Verbindung mit § 206 B. G. „das Recht einer Person, von einem Anderen eine Leistung, d. h. ein Thun oder Unterlassen zu verlangen."

Fast kein einziges Wort in dieser Definition ist einwandsfrei. Das Recht, die Leistung zu verlangen? Verlangen kann Jeder, auch der Unberechtigte. Warum nicht Recht auf die Leistung? Die Reminiszenz an das mit Recht angefochtene „Wollendürfen" Windscheids[3]) ist dann vermieden. Ebenso ist der Zusatz „einer Person" unnöthig. Wem sollte das Recht sonst zustehen? Doch das sind im Wesentlichen sprachliche oder rein theoretische Bedenken. Erheblicher ist schon das Bedenken gegen den Zusatz „eines Anderen". Daß es nicht die eigene Leistung sein kann, versteht sich von selbst. In dieser Hinsicht wäre der Zusatz lediglich überflüssig. Schädlich wäre er aber, wenn er noch etwas Anderes sagen sollte, was er, wenigstens dem Wortlaute nach, in der That sagt, nämlich daß es sich um die Leistung einer bestimmten Person handeln müsse. Die Definition tritt in dieser Hinsicht mit den Normen des B. G. selbst in Widerspruch.

§ 1075 B. G. verordnet: „Die Hypothek begründet für den Gläubiger den Anspruch, daß die Forderung, soweit sie fällig geworden ist, aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung des Grundstückes beigetrieben werde." Der „Anspruch aus der Grundschuld" (§ 1139) geht nach § 1135 B. G.[4]) dahin, „daß eine bestimmte Person

---

[1]) Vergl. hinsichtlich des „Eigenthumsanspruches" die §§ 929 und 943 und für den Miteigenthümer § 951. Analoges gilt für Superfizies, Servituten, Reallasten, Faustpfandrechte und Besitz. Vergl. §§ 964, 978, 1017, 1048, 1055, 1155. Wegen des Anspruches des Eigenthümers gegen den Nießbraucher auf Erhaltung der Sache vergl. § 1004.

[2]) So auch die Motive I, S. 291.

[3]) Pandekten I, § 37.

[4]) Vergl. auch § 1141.

berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde."[1]) Auch bei dem Faustpfand geht der „Anspruch des Pfandgläubigers" (§ 1160) dahin, „daß eine bestimmte Person berechtigt ist, aus der Sache (Pfand) wegen einer Forderung Befriedigung zu verlangen" (Faustpfandrecht) (§ 1145).[2]) Ja, „vereinigen sich nach der Begründung der Hypothek das Gläubigerrecht und das Eigenthum an dem belasteten Grundstücke in derselben Person, so kann der Eigenthümer bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstückes die Forderung für sich geltend machen" (§ 1076). Ferner: „Erlischt die Forderung dadurch, daß sie und die Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes sich vereinigen, so bleibt die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen" (§ 1097 Abs. 1). „Kraft der Eigenthümerhypothek kann der Berechtigte verlangen, daß für ihn eine dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommende Geldsumme aus dem belasteten Grundstücke oder den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde" (§ 1098 Abs. 1). Der „Andere" wäre hier also, wenn es einen solchen überhaupt gäbe, der Anspruchsberechtigte selbst. In Wirklichkeit handelt es sich aber bei dem „Pfandanspruche" nicht um eine Forderung gegen einen Anderen, sondern um das Recht auf Befriedigung aus der Sache. Also entweder ist die Definition des Anspruches unrichtig oder die hier gemachte Subsumtion. Ich möchte mich der ersteren Annahme zuneigen. Denn es besteht ein praktisches Bedürfniß, den Leistungs- und Anspruchsbegriff so zu fassen, daß er die dingliche Forderung mit in sich schließt. Inhalt und Erfüllung stehen bei Letzterer sachlich unter gleichen Regeln

[1]) Zum Sprachgebrauche des Gesetzes ist auch zu vergleichen § 1664: „Zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Anspruch, mit Einschluß von Hypotheken, Grundschulden und Werthpapiere veräußert oder belastet . . . . wird." Werthpapiere sind gleichzeitig „Ansprüche" und „körperliche Sachen" (§ 770 B. G.). Vergl. dazu Goldschmidt S. 22.

[2]) Zu diesem Paragraphen ist ein krasser Widerspruch zwischen Gesetz und Motiven zu konstatiren, welcher für die Werthung der Motive als Interpretationsmittel in Betracht kommen dürfte. Die Motive zum B. G. (I S. 315) sagen: „Das Recht des Pfandgläubigers, aus dem in seiner Innhabung befindlichen Pfande Befriedigung zu suchen, ist kein Anspruch und unterliegt demgemäß nicht der Verjährung." Dadurch hat sich aber das B. G. nicht abhalten lassen, in § 1160 von eben demselben Faustpfande zu verordnen: „Der Eigenthümer des Pfandes kann gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande u. s. w."

wie bei anderen Forderungen. Die prozessualischen Maßnahmen der Leistungsklage und der Zwangsvollstreckung sind auch hier gegeben, und nehmen einen analogen Verlauf wie bei der persönlichen Forderung.

Freilich liegt ein nicht unerheblicher Unterschied, welcher sowohl die privatrechtliche Gestaltung als die prozessualische Feststellung und Verwirklichung beeinflußt, darin, daß es an einem zum Thun Verpflichteten fehlt, und folgeweise auch an einer von einer Person geschuldeten Erfüllung oder Leistung. Der Eigenthümer ist zur Befriedigung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet (§ 1080 B. G.). Immerhin dürfte aber das Gemeinsame beider Fälle überwiegen, und die Festhaltung eines gemeinsamen Oberbegriffs rechtfertigen.

Noch erheblicher ist ein letztes Bedenken. Der Anspruch soll, wie nach der Theorie Windscheids, so auch nach dem B. G., nicht nur auf ein Thun, sondern auch auf ein Unterlassen gehen. Auch das Unterlassen ist im Sinne des Gesetzes eine Leistung. Das Bedenken trifft nicht nur den Anspruchsbegriff, sondern zugleich den auch sonst verwendeten Leistungsbegriff. Zunächst verstößt das Subsumiren der Unterlassung unter den Begriff der Leistung gegen den anerkannten guten Sprachgebrauch. Ein Unterlassen, ein Nichtsthun kann sehr wohl Gegenstand einer pflichtmäßigen Gebundenheit, eines Schuldverhältnisses sein, aber nimmermehr kann man das wenn auch pflichtmäßige Nichtsthun eine Leistung nennen. Es handelt sich dabei aber nicht blos um ein Vergehen gegen den Geist der Sprache, sondern zugleich um einen Verstoß gegen die korrekte juristische Systematik. Wie früher ausgeführt ist,[1]) kann es nur bei den Rechten auf ein Thun eine Erfüllung geben. Bei den Rechten auf Unterlassen kann nur die Zuwiderhandlung in Frage kommen.

Am deutlichsten muß dieser Unterschied im Prozeß und bei der Zwangsvollstreckung sich zeigen.

Man unterscheidet Leistungsklagen und bloße Feststellungsklagen, je nachdem eine Verurtheilung zu einer Leistung begehrt wird oder lediglich eine Feststellung, welche nicht auf eine solche Leistung gerichtet ist.[2]) Der Unterschied tritt namentlich bei der Zwangsvollstreckung hervor. Die Verurtheilung zu einer Leistung ist, sofern nicht im Einzelfalle Ausnahmevorschriften eingreifen, des Erfüllungszwanges fähig. Aus einem bloßen Feststellungsurtheile ist eine derartige Zwangsvollstreckung nicht denkbar. Ist der hier vertretene Standpunkt richtig, so ist der Rechtsstreit um ein Unterlassen keine Leistungsklage, so kann aus demselben eine wahre

---

[1]) S. o. S. 72.

[2]) Unter den so festgesetzten Begriff des Feststellungsprozesses fällt allerdings keineswegs blos die auf § 231 C. P. O. gegründete Feststellung.

Zwangsvollstreckung nicht möglich sein. Der äußere Schein spricht allerdings dagegen. Das B. G. will bei der Störung von dinglichen Rechten, insbesondere Besitz, Eigenthum, Superfizies, Servituten, Reallasten und Faustpfandrecht, für den Fall, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, neben der Verurtheilung zur Wiederaufhebung der Störung die Verurtheilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen ausgesprochen wissen.[1]) Die Motive[2]) sagen, hier wäre ein Anspruch auf Verurtheilung zu einem künftigen Verhalten gewährt, und scheinen das als Ausnahme von dem Satze des § 190 zu betrachten, daß die Verurtheilung zu einer Leistung nur zulässig sei, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist.[3]) Auch die C. P. O. scheint derselben Auffassung zu sein wie das B. G. Sie hat in den §§ 775, 777 C. P. O. eine „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen" geordnet.

Zur Klarlegung wird sich hier, wie auch sonst, empfehlen, Rechtsstreit und Zwangsvollstreckung ganz von einander zu sondern.

Die sog. Verurtheilung zu künftigem Unterlassen ist in Wahrheit nichts wie eine bloße Feststellung der Pflicht zum Unterlassen. Eine solche ist auch schon vor der Störung denkbar. Der einzige Unterschied ist der, daß vor der Störung das Feststellungsinteresse nach § 231 C. P. O. dargethan werden muß, während hier die Besorgniß weiterer Beeinträchtigungen die Voraussetzung bildet. Würde man an § 231 C. P. O.[4]) die Bestimmung anschließen: „Die Feststellung einer Verpflichtung zum Unterlassen bez. Dulden [oder eines Rechtes auf Unterlassen bez. Dulden] ist insbesondere auch dann zulässig, wenn Zuwiderhandlungen erfolgt oder zu besorgen sind", so wäre — von der Zwangsvollstreckung zunächst abgesehen — Alles erreicht, was die angeführten 12 Paragraphen des B. G. erreichen wollen. Ja noch mehr, es wäre auch für die blos obligatorischen Unterlassungsverpflichtungen gesorgt, für welche es jetzt an einer besonderen Vorschrift fehlt. Vor

[1]) §§ 820, 943, 945, 964, 978, 1017, 1021, 1038, 1048, 1055, 1155, 1206 B. G.

[2]) I S. 367.

[3]) S. o. § 3 S. 17. — Auch Kohler (a. a. O. S. 11), welcher wie oben angeführt wurde, zugibt, daß bei obligationes non faciendi der Anspruch erst mit der Zuwiderhandlung entstehe, gibt diesem Anspruche zum Inhalte die Ablassung von der Störung auch für die Zukunft. Damit ist der bekämpfte Anspruch auf non facere auf einem Umwege wieder eingesetzt, wenn, wie man annehmen muß, mehr als die positive Aufhebung der gegenwärtigen Störung gemeint ist.

[4]) Ueber den mit diesem Paragraphen vorzunehmenden Platzwechsel s. o. § 3 S. 17.

Allem wäre juristisch korrekt verfahren, und die Motive könnten ihren Satz vom Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten aufgeben. Sie würden dann, wenigstens an dieser Stelle, nicht mit der gesetzlichen Definition von Anspruch in Widerspruch kommen. Denn ein solcher Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten ist offenbar kein Anspruch im Sinne des § 154 B. G. Er ist überhaupt kein privatrechtlicher Anspruch, sondern würde, wenn er Existenzberechtigung hätte, unter die Rechtsschutzansprüche Wachs fallen.

Wie ist es nun aber mit der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen? Die C. P. O. kennt vier Mittel: Bestellung von Sicherheit für den durch künftige Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden, Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung, Verurtheilung zu dieser Strafe, gewaltsame Beseitigung eines Widerstandes gegen die Vornahme einer Handlung des Berechtigten durch den Gerichtsvollzieher.

In allen Fällen handelt es sich offenbar nicht um das Unterlassen, sondern um das Zuwiderhandeln, und zwar bei der Bestrafung und Anwendung von Gewalt um eine Reaktion, bei der Sicherheitsstellung und Strafandrohung um einen vorbeugenden Schutz, bei der letzteren zugleich um die Beschaffung einer Voraussetzung der demnächstigen Reaktion gegen positive Störungen mittels Strafe.

Die Verurtheilung zur Sicherheitsleistung und die durch Urtheil auszusprechende Strafandrohung sind offenbar nicht Vollstreckungsmaßregeln. Sie sollten daher in den Rechtsstreit einbezogen werden, etwa dadurch, daß ebenfalls im Anschluß an § 231 C. P. O. bestimmt würde: „Mit der Feststellung der Verpflichtung zu einer Unterlassung oder Duldung kann auf Antrag die Androhung einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder der Strafe der Haft bis zu 6 Monaten für den Fall einer zukünftigen Zuwiderhandlung verbunden werden. Auch kann der Verpflichtete, wenn eine Zuwiderhandlung bereits stattgefunden hatte, zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden."

Für § 775 bliebe dann nur der Inhalt: „Die Verurtheilung in die gemäß § x angedrohten Strafen erfolgt durch das Prozeßgericht. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen."

§ 777 könnte dagegen unverändert bleiben.

Man wird sich aber dabei klar zu machen haben, daß in diesen Paragraphen nicht ein, überhaupt nicht denkbarer, Erfüllungszwang bezüglich der Unterlassung, sondern eine Reaktion gegen Zuwiderhandlungen in Frage steht, welche gegenüber der eigentlichen auf Erfüllung gerichteten Zwangsvollstreckung die Erleichterung hat und haben muß, daß die zu beseitigende Zuwiderhandlung nicht vorher festgestellt

zu werden braucht. Die Ueberschrift des dritten Abschnittes des achten Buches der C. P. O. müßte statt „zur Erwirkung von Unterlassungen" heißen „zur Beseitigung von Zuwiderhandlungen".

Mit der Beschränkung des Leistungsbegriffes auf positive Leistungen[1]) wird auch der fatale doktrinäre Satz des § 1052 B. G.: „Die Leistungen können bei einer Reallast nicht in einem Unterlassen bestehen", überflüssig.

Wer geneigt bleiben sollte, dem B. G. den inkorrekten Leistungsbegriff zu verzeihen, wird jedenfalls beanspruchen, daß das B. G. seinen Leistungsbegriff wenigstens konsequent festhält.

Aber auch davon ist nicht die Rede und kann nicht die Rede sein. Der ganze Abschnitt über Schuldverhältnisse im Allgemeinen ist nur auf obligationes ad dandum et faciendum zugeschnitten. Man versuche es nur, aus den Bestimmungen desselben über Leistungen eine auf obligationes ad patiendum et omittendum passende Vorschrift herauszuziehen. Einige Beispiele mögen das illustriren. § 210: „Der Gläubiger kann die Zwangsvollstreckung auf eine der mehreren Leistungen richten, der Schuldner jedoch, so lange der Gläubiger die von ihm gewählte Leistung weder ganz noch zum Theile empfangen hat, durch Bewirkung einer der anderen Leistungen sich befreien". Kann man Unterlassungen „bewirken", „empfangen", „die Zwangsvollstreckung darauf richten"? Das „Bewirken" der Leistung kehrt wieder in den §§ 224, 226, welche ganz allgemein von der Verpflichtung zur Leistung handeln. Die ebenfalls ganz allgemeine Bestimmung, daß der Schuldner zur Leistung nicht verpflichtet ist, so lange dieselbe unmöglich ist (§ 237), paßt auch nicht auf Unterlassungen; ebensowenig die Begriffsbestimmung des Verzuges des Gläubigers (§ 245): „Wenn der Schuldner auf die Aufforderung des Gläubigers, die Leistung zu bewirken, nicht leistet u. s. w."; sowie des Verzuges des Schuldners (§ 254): „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm von dem Schuldner angebotene Leistung nicht annimmt". Vor Allem aber ist die ganze Lehre von der Erfüllung, an deren Spitze der Satz steht: „Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird", lediglich für positive Leistungen passend.[2])

[1]) Zu diesen kann die Befreiung von einer Verbindlichkeit unbedenklich gerechnet werden. Daher sind die Ansprüche auf Befreiung (§§ 677, 684 B. G.) Ansprüche im korrekten Sinne.

[2]) § 1757 B. G.: „Ein Erbe sowie ein Vermächtnißnehmer kann durch letztwillige Verfügung ohne Zuwendung an einen anderen mit der Verpflichtung zu einer Leistung beschwert werden (Auflage)", kann allerdings auch Unterlassungen im Auge haben. Hier ist aber auch der Zusatz „zu einer Leistung" mindestens unnöthig.

Die Lehre von der **Verjährung** bezieht sich äußerem Anscheine nach auf alle Ansprüche im Sinne des B. G., also auch auf Ansprüche, welche eine Verpflichtung zum Unterlassen zum Gegenstande haben. Aber auch hier ist die Anwendung der Verjährungsnormen im Einzelnen auf Unterlassungsansprüche nicht durchführbar. Die Verjährung beginnt nach § 158 mit dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann. Wann tritt dieser Zeitpunkt bei Unterlassungsobligationen ein? Niemals, denn von einem Befriedigung verlangen kann bei derartigen „Ansprüchen" überhaupt nicht die Rede sein. Der Anspruch auf Unterlassen als solcher verjährt nach dem B. G., wie es jetzt gefaßt ist, überhaupt nicht, sondern nur der aus der Zuwiderhandlung hervorgehende positive Anspruch.[1] Damit würde auch § 162 B. G. harmoniren, welcher die Verjährung gehemmt sein läßt, wenn die Beschaffenheit des Anspruches die Rechtsverfolgung nicht gestattet. Aber warum zunächst dem Anspruch gerade bei der Bestimmung des Gegenstandes der Verjährung eine unnatürliche Ausdehnung geben, um dann im Weiteren die durch diese unnatürliche Ausdehnung hinzugekommenen Dinge wieder von der Verjährung auszunehmen? Man wird vielleicht einwenden, daß mit der Verjährung des Anspruches aus der Zuwiderhandlung zugleich das Recht auf Unterlassung verjähren solle. Aber auch dieser Erfolg wird nicht erreicht. Nach § 182 würde blos die Geltendmachung der Ansprüche wegen Zuwiderhandlung dauernd durch Einrede ausgeschlossen sein, ohne daß jedoch das etwa Geleistete zurückgefordert werden kann. Daß zugleich das Recht auf Unterlassen verjährt sei, ist nicht zu folgern. Und wie soll eventuell hier die Bestimmung über den Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten Anwendung finden? Kurzum, die ganze Verjährungslehre des B. G. paßt nur auf Leistungsansprüche.

Die bisherigen Ausführungen richteten sich wesentlich gegen den aufgestellten Anspruchs**begriff**. Es erübrigt noch, eine Reihe von Fällen aufzuzählen, in denen das B. G. bez. seine Motive das Wort anders als in dem definirten Sinne verwenden.

Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in den Bestimmungen über den Beweis (§§ 193 ff.) unter Anspruch nicht der Anspruch

---

[1]) Die Motive (I S 307) sagen: „Die Verjährung beginnt mit der den Zustand des Befriedigtseins aufhebenden Zuwiderhandlung". § 158 B. G. sagt aber nichts davon. Auch im Wege der Analogie läßt sich dieser Ausspruch der Motive, sofern er sich auf den Anspruch auf Unterlassen und nicht auf den Anspruch wegen Zuwiderhandlung beziehen soll, aus dem B. G. selbst nicht herleiten.

im Sinne des § 154 B. G., sondern der Anspruch im Sinne der C. P. O. zu verstehen ist. Denn die Beweislast soll hier offenbar ganz allgemein, auch für Feststellungsklagen, geregelt werden. Auch in § 189 Abs. 4: „Sind bewegliche Sachen zum Zwecke der Sicherung eines Anspruches weggenommen u. s. w.", wird man an die Wegnahme einer Urkunde zum Zwecke der Sicherung des Vaterschaftsbeweises u. dergl. denken dürfen. Auch in dem Abschnitte von der Rechtskraft gebrauchen wenigstens die Motive das Wort Anspruch in dem weiteren Sinne und treten insoweit mit sich selbst in Widerspruch.[1]) Sie sagen: „Nur soweit über einen erhobenen Anspruch endgültig erkannt ist, kann von materieller Rechtskraft die Rede sein". Wollte man hier Ansprüche im Sinne des § 154 B. G. verstehen, so würden Entscheidungen über Feststellungsklagen überhaupt nicht rechtskräftig. Daß dies auch die Motive nicht wollen, folgt aus dem weiteren Satze: „Es scheiden daher aus: Urtheile, welche eine Klage wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen (C. P. O. § 247) abweisen oder aus sonstigen Gründen (unzulässige Klageforderung u. s. w.) das Eingehen auf die Sache ablehnen". Feststellungsklagen sind hier nicht als ausscheidend angeführt.

Ein fehlerhafter Gebrauch anderer Art findet sich bei der Aufhebung von Gemeinschaften und der Grenzregulirung.

§ 768 B. G.[2]) bestimmt: „Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung". Dieser Anspruch besteht nun nach § 767 B. G. darin, daß jeder Theilhaber jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Hier handelt es sich augenscheinlich nicht um „Leistungen" der anderen Theilhaber, sondern lediglich um die Trennung und Auseinandersetzung. Bei dieser liegt zwar dem Mitberechtigten als solchem ein gewisses Verhalten ob, dasselbe darf aber nimmermehr eine Leistung desselben genannt werden. Nach römischem Rechte war es allerdings eine, freilich sehr eigenartige, actio, mittels deren die Auseinandersetzung durchgeführt wurde. Ein Anspruch, auch im Sinne des B. G., liegt aber nicht vor. Damit wird auch die Bestimmung über den Ausschluß der Verjährung überflüssig. Ganz ähnlich verhält es sich mit den in den §§ 851 bis 853 B. G. aufgeführten Ansprüchen auf die Mitwirkung des Grundstücksnachbars bei Ermittelung der Grenzlinie und zur Errichtung und Wiederherstellung der Grenzzeichen. Nur insoweit es sich um die Kostenerstattung handelt, ist es

---

[1]) Mot. I S. 376 im Vergleich mit S. 291.

[2]) Die §§ 767, 768 B. G. finden nach § 946 B. G. insbesondere auf Miteigenthum Anwendung, ebenso nach den §§ 2151 bis 2153 auf die Auseinandersetzung der Miterben.

ein wahrer Anspruch.[1]) Das Uebrige fällt nicht unter den Begriff, wenngleich römisch die actio finium regundorum Platz griff. Ebenso liegt auch die Sache hinsichtlich des in § 855 B. G. gegebenen „Anspruches" auf Beseitigung des Baumes auf der Grenze. Das Gesetz hat zwar in diesem Falle die Verjährung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Gleichwohl kann von Verjährung eines „Anspruches" nicht die Rede sein.[2])

Bei der familienrechtlichen Trennung, der Ehescheidung, hat das B. G. diesen Fehler vermieden. Von einem „Scheidungsanspruche" ist mit Recht nicht die Rede. Ebenso ist die Anfechtung familienrechtlicher Verhältnisse nicht unter den Gesichtspunkt des Anspruches gebracht.[3])

Dagegen wird bei einem anderen familienrechtlichen Verhältnisse wohl zu Unrecht der Anspruch herangezogen. Die Eltern sollen ihren Kindern die Einwilligung zur Eheschließung nicht ohne wichtige Gründe versagen (§ 1238), das Kind kann sonst die Verurtheilung zur Ertheilung der Einwilligung herbeiführen. Das Gesetz spricht hier von einem „Anspruch auf Ertheilung der Einwilligung". Ich nehme nicht Anstoß an dem Fehlen des vermögensrechtlichen Inhaltes, und will mir daher z. B. den in § 1505 B. G. normirten „Anspruch auf Herausgabe des Kindes" gefallen lassen. Aber in dem hier aufgeführten Falle erscheint es doch bedenklich, die Konsensertheilung der Eltern als eine von diesen dem Kinde geschuldete und durch Erfüllung an dieses zu tilgende Leistung und den richterlichen Ausspruch, daß kein Grund zur Versagung vorliege, als Verurtheilung, nicht als bloße Feststellung, aufzufassen.[4])

Die §§ 381 ff. B. G. sprechen im Allgemeinen ganz korrekt von einem Rechte der Wandelung und der Minderung. Nur in den von der Verjährung handelnden §§ 397, 407, 411 wird von „Ansprüchen auf Wandelung und Minderung" gesprochen. Es ist das nur geschehen, um eine rein äußerliche Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Satze der Verjährungslehre, daß nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, herbeizuführen. Daß es sich in Wirklichkeit nicht um Ansprüche handelt, ergibt sich am klarsten aus § 397 Abs. 4: „Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Sache dem Erwerber über-

---

[1]) Insoweit fehlt es aber auch an allem Anlaß, die Verjährung auszuschließen.

[2]) Durch die Wendung „Auf Verlangen eines Grundstückseigenthümers haben die Grenznachbarn" u. s. w. würde sich die Schwierigkeit umgehen lassen.

[3]) Vergl. §§ 1440 ff. B. G. und Mot. I S. 294.

[4]) Die Fassung: „Die Eltern haben die Einwilligung zu ertheilen", würde das Bedenken beseitigen.

geben ist.[1]) Daß das, was verjähren soll, hier also der „Anspruch", schon zur Zeit des Beginnes der Verjährung, jedenfalls aber zur Zeit der Vollendung derselben, vorhanden gewesen sein muß, wird gewiß allseitig zugegeben werden. Aber von einem Anspruche auf eine Leistung des Gegners ist hier möglicher Weise gar nicht die Rede. Das Recht der Minderung gibt erst dann einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Kaufpreis gezahlt ist, und der aus dem Rechte der Wandelung hervorgehende Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises entsteht, ganz abgesehen von seiner Abhängigkeit von der Rückgabe der Sache, ebenfalls erst dann, wenn der Kaufpreis gezahlt ist. Also würde hinsichtlich dieser Ansprüche die Verjährung nicht nur beginnen, sondern auch sich vollenden können, ehe sie entstanden sind. Man wird darauf mit vollem Rechte entgegnen: Nicht diese Ansprüche verjähren, sondern die in § 383 B. G. dem Erwerber gegebenen Befugnisse auf Rückgängigmachung des Vertrages und Herabsetzung der Gegenleistung, welche von der vorherigen Entrichtung des Erwerbspreises ganz unabhängig sind. Das ist zuzugeben, aber zugleich zu betonen, daß diese Befugnisse zunächst noch keine Ansprüche sind, weil es sich zunächst, namentlich bei Beginn der Verjährung, möglicher Weise auch bei Vollendung derselben, noch nicht um Leistungen des Gegners zu handeln braucht. Es wäre also korrekter gewesen, auch bei der Verjährung von dem Rechte der Wandelung und Minderung zu sprechen. Der wenig elegante und anscheinend mit den allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsverjährung in Widerspruch stehende, gleichwohl inhaltlich durchaus gerechtfertigte Zusatz: „dergestalt, daß nach Vollendung der Verjährung die Rechte[2]) von dem Erwerber auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können", kann dann fallen; und würde so die häßliche Einredeverjährung aus dem Gesetze verschwinden. Verjährt das Recht im Ganzen, so versteht es sich von selbst, daß auf dasselbe auch eine Einrede im Sinne des Prozeßrechtes, nicht mehr gegründet werden kann. Dagegen wird man freilich das, was man bisher verschleiert hat, offen anerkennen und aussprechen müssen, daß außer Ansprüchen auch noch andere Rechte der Verjährung unterliegen, welche sich nicht unter die Schablone der Anspruchsverjährung bringen lassen.[3])

---

[1]) Analog § 411 Schlußsatz. Etwas abweichend § 407 Abs. 3: „Die Verjährung beginnt mit Ablauf der Gewährfrist".

[2]) Hier wird mit unbewußt richtigem Gefühl der im Hauptsatze gebrauchte Ausdruck „Anspruch" wieder durch das korrekte Wort ersetzt.

[3]) Aehnliche Bedenken treffen den in § 571 gegebenen „Anspruch auf Beseitigung von Mängeln an bedungenen Werken", soweit es sich um das Recht

Die §§ 913 bis 916 sprechen von „Ansprüchen“ des Finders, obwohl demselben nach § 915 zunächst nur das Recht zusteht, die Sache bis zu seiner Befriedigung zurückzubehalten. Erst durch die Herausgabe mit Vorbehalt entsteht ein Anspruch gegen den Empfänger. Aehnliches gilt auch hinsichtlich der Verwendungen des Besitzers und des Nießbrauchers nach den §§ 936 bis 940, 1010 B. G.[1])

§ 584 Abs. 4 verordnet, daß der Auslobende auf das Eigenthum an dem in Folge der Auslobung gelieferten Werke keinen Anspruch erlangt. Es soll damit doch gesagt sein, daß er nicht Eigenthümer wird. Ein Anspruch aber geht auf eine Leistung, also möglicherweise zwar auf Eigenthumsübertragung, jedoch nicht auf Eigenthum.[2])

In der Lehre vom Besitze spricht das B. G. selbst ganz konsequent von dem Anspruche auf Wiedereinräumung der Inhabung und Wiederaufhebung der Störung (§§ 819, 820). Dagegen erachten es die Motive zu dem bereits an anderer Stelle besprochenen § 824[3]) für fraglich, ob das Recht auf den früheren, durch die verbotene Eigenmacht angetasteten, Besitzstand als Anspruch (im Sinne des § 154) aufzufassen sei, eine Auffassung, deren Richtigkeit besonders dann zweifelhaft werde, wenn bei der Besitzstörung eine körperlich fortdauernde Störung nicht vorliege, und nur Herstellung der früheren Rechtssicherheit durch Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störung verlangt werden könne. Ferner würde sich fragen, ob mit der Besitzklage ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht werde.

In diesen Ausführungen ist Wahres mit Falschem gemischt. Soweit es sich um die sog. Verurtheilung zur Unterlassung weiterer Störung handelt, liegt freilich, wie oben ausgeführt wurde,[4]) kein Anspruch vor. Die Motive haben hier, freilich mit der gesetzlichen Definition des B. G. in Widerspruch tretend, das Richtige erkannt. Dagegen sind die Forderungen

---

auf Minderung der noch nicht gemachten Gegenleistung handelt. Dagegen handelt es sich im § 444, der auf § 397 Bezug nimmt, lediglich um einen von vornherein vorhandenen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Deshalb kann hier auch von Verjährung der „einredeweisen Geltendmachung“ nicht die Rede sein.

[1]) Auch hier läßt sich der Ausdruck „Anspruch“ leicht vermeiden.

[2]) Korrekt ist die gleiche Wendung in den §§ 575, 577, 583, 584, 623, 723, 729. — Die in verschiedenen Bedeutungen im Gesetze vorkommende Wendung „in Anspruch nehmen“ (vergl. einerseits §§ 364, 427, 955, andererseits § 1632 und wieder ganz anders § 562) darf bei der Feststellung des technischen Gebrauches des Wortes Anspruch außer Betracht bleiben.

[3]) III S. 132.

[4]) S. o. S. 79 ff.

auf Wiedereinräumung der Inhabung und Wiederaufhebung der Störung unzweifelhafte vermögensrechtliche Ansprüche und hätte dies, wie von dem B. G. selbst, so auch von den Motiven nicht verkannt werden sollen.[1])

Was wir nach dem Bisherigen fordern dürfen, das ist die Richtigstellung des Anspruchsbegriffes, seine Beschränkung auf die relativen Rechte mit positivem Leistungsinhalt und die Entfernung der verkehrten Subsumtionen. Wir werden aber noch weiter gehen und die Wahl einer anderen Bezeichnung als dringend nothwendig empfehlen müssen. Der durchschlagende Grund gegen die Wahl dieses Ausdruckes liegt für mich nicht in der, hier nur zum kleinsten Theile dargelegten, Verschiedenheit der Anschauungen der Theoretiker, sondern darin, daß die C. P. O. den Ausdruck in einem anderen Sinne verwendet, als ihn das B. G. gebraucht bezw. gebrauchen darf, und daß dabei das B. G., wie gezeigt wurde, in den Fehler verfallen ist, bisweilen das Wort Anspruch im Sinne der C. P. O. zu gebrauchen. Es muß das zu heilloser Verwirrung führen. Nicht nur die Kommentare haben stets sorgfältig anzumerken: „Hier ist das Wort im Sinne der C. P. O., hier im Sinne des B. G. gebraucht"; es muß auch in der wissenschaftlichen wie praktischen Diskussion stets dem Worte ein solcher Zusatz gegeben werden, wenn Unklarheiten vermieden werden sollen. Unter diesen Umständen fehlt dem Ausdrucke die erste Anforderung, welche man an einen gesetzgeberischen Kunstausdruck zu stellen hat, die Unzweideutigkeit.

Dazu kommt, daß die juristische Bedeutung des Wortes „Anspruch" im Sinne der C. P. O. besser mit dem allgemeinen Sprachgebrauche harmonirt. So sagt das deutsche Wörterbuch der Gebr. Grimm zu dem Worte Anspruch, nachdem zuvor der seltenere Gebrauch für Anrede und das waidmännische Ansprechen der Thiere erwähnt ist: „Gewöhnlich aber bedeutet es die mit oder ohne Grund erhobene Behauptung eines Rechtes oder Vorzuges." Dafür werden zahlreiche Belege gegeben. Weitere Bedeutungen sind nicht aufgeführt. Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, kennt nur die beiden Bedeutungen: „Das vor Gericht fordern (zur Rede stellen, tadeln)" und „eine Forderung, die man auf etwas geltend zu machen berechtigt ist oder zu sein vorgiebt". Das wirkliche Berechtigtsein, welches sowohl Windscheid wie Wach in den Ausdruck hineinlegen, ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur nicht in dem Begriffe enthalten, sondern es liegt im Gegentheile in demselben, daß die Frage der Berechtigung in suspenso bleibt.

---

[1]) Leider klingt in der Besitzlehre des B. G. im Uebrigen der Satz, daß Besitz nur eine Thatsache sei, an den sich, wie Bähr (S. 481) so treffend sagt, eine Unsumme juristischen Unverstandes angeknüpft hat, bedenklich durch.

Den Ersatz für den Ausdruck „Anspruch" glaube ich in der Bezeichnung „Forderung" finden zu sollen.[1]) Das Wort wird in dem B. G. verhältnißmäßig selten gebraucht. Es ist offenbar durch sein Quasisynonymum Anspruch in den Hintergrund gedrängt.[2]) Anspruch und Forderung im Sinne des B. G. stimmen darin überein, daß sie auf Leistung gehen. Die Unklarheit, welche dadurch entsteht, daß der Entwurf unter die Leistung auch die Unterlassung begreift, macht sich auch hier fühlbar und wär hier wie dort zu beseitigen. So sagt z. B. § 1028: „Ist eine Forderung Gegenstand des Nießbrauches, so ist der Nießbraucher berechtigt, die Forderung einzuziehen, und verpflichtet, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. In anderer Art über die Forderung zu verfügen, ist der Nießbraucher nicht berechtigt." Dann erstreckt sich der Nießbrauch auf Forderungen, welche auf ein Unterlassen gehen, überhaupt nicht. Denn der Einziehung im Sinne der §§ 1028 ff. sind diese nicht fähig. Jede andere Verfügung wird aber durch § 1028 ausgeschlossen.

Soweit das Gebiet des Obligationenrechtes in Betracht kommt, ist überhaupt kein Unterschied zwischen Anspruch und Forderung zu konstatiren. Statt des „auf einem Schuldverhältnisse beruhenden Anspruches" (§ 154) kann überall ohne Weiteres auch die Bezeichnung Forderung eingesetzt werden.[3]) So nennt § 1093 eben dasselbe Forderung, was

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 696. — Uebereinstimmend Hölder S. 141.

[2]) Am häufigsten wird das Wort für die durch Pfandrecht gesicherte persönliche Forderung gebraucht. Vergl. §§ 1093, 1097 1098, 1100, 1101, 1103, 1104, 1112, 1113, 1114, 1121, 1122.

[3]) So für den Darlehensanspruch und den Rückerstattungsanspruch in den §§ 453 und 458. Ebenso in den §§ 497, 506, 514, 553, 575, 677, 706, 719, 720, 722, 723, 724, 727, 728, 729, 732, 746, 754 („Der im § 753 bezeichnete Anspruch steht dem Geschäftsführer nicht zu, wenn dieser ohne den Willen gehandelt hat, den Anspruch zu erlangen"!), 755, 756, 758, 909, 922 1002, 1059. — Auch den „Unterhaltsanspruch" (z. B. §§ 1481 ff.), den „Pflichttheilsanspruch" (§§ 1355 ff.) und den „Vermächtnißanspruch" (§ 1865) faßt das B. G. lediglich als persönliche Forderungen auf. Dagegen ist der „Erbschaftsanspruch" (§ 2080) dem Eigenthumsanspruch nachgebildet, ebenso wie nach römischem Rechte die hereditatis petitio dem Formular der rei vindicatio folgte. Bei der Bestimmung dieses Anspruches ist aber dem B. G. ein merkwürdiges Versehen passirt. Nach dem römischen Formular geht die vindicatio auf die hereditas, wobei bemerkt werden muß, daß die hereditas petitio zugleich die Funktion der Feststellung des Erbrechtes hat, für welche heute der Weg der Feststellungsklage gegeben ist. Windscheid (§§ 611, 612) sagt deshalb, der Anspruch sei auf Herausgabe der Erbschaft

§ 183 Anspruch nennt. Auch als Angriffsobjekt der später zu erwähnenden „Einrede" figurirt bald die Forderung, bald der Anspruch.[1])

Der Unterschied soll anscheinend (darauf deutet § 154 hin) darin liegen, daß Ansprüche nicht nur auf einem obligatorischen Verhältnisse, sondern auch auf einem anderen Rechtsgrunde, insbesondere einem familienrechtlichen Verhältnisse, beruhen können. Daß Forderungen nur auf obligatorischer Grundlage beruhen können, ist zwar nirgends gesagt; aber der Sprachgebrauch des B. G. dürfte im Allgemeinen von dieser Voraussetzung ausgehen. Freilich ist dann sofort einzuwenden, daß diese Beschränkung des Forderungsbegriffes nicht rein durchgeführt ist.

Denn es dürfte zunächst anzunehmen sein, daß die über den Nießbrauch und das Pfandrecht an Forderungen gegebenen Vorschriften (§§ 1028 ff., 1217 B. G.) auch dann Anwendung finden müssen, wenn eine auf sachenrechtlicher Grundlage beruhende Forderung, z. B. die Rückgabeforderung des Eigenthümers („Eigenthumsanspruch", rei vindicatio) Gegenstand des Nießbrauches oder des Pfandrechtes ist. Nicht minder werden die in § 1067 Z. 4 G. B. erwähnten „Forderungen wegen wiederkehrender Leistungen aus einem mit dem Eigenthume an dem Grundstücke verbundenen Rechte" regelmäßig auf sachenrechtlicher Grundlage beruhen.

Also entweder besteht zwischen Anspruch und Forderung im Sinne des B. G. gar kein Unterschied, oder es besteht lediglich eine Einschränkung des Forderungsbegriffes bezüglich des Rechtsgrundes. Daß dieser letztere Unterschied, wie gezeigt, nicht rein durchgeführt ist, ist an sich kein besonders schwerwiegender Vorwurf. Es besteht aber auch kein Bedürfniß, für diesen eingeschränkten Begriff eine besondere Bezeichnung mit einem Worte zu haben.[2]) Die obligatorischen und sachenrechtlichen Verhältnisse

gerichtet. Doch fügt er demnächst besonders hinzu, daß nur die Herausgabe dessen, was der Gegner als Erbschaft besitze, gefordert werden könne. Das B. G. sagt dagegen: „Der Erbe hat gegen denjenigen, welcher einen Erbschaftsgegenstand vorenthält, den Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft". Freilich wird die Konsequenz dieses Satzes, nach welchem der Inhaber eines alten Tuches im Werthe von zwei Mark (ein praktisch vorgekommener Fall) die ganze Erbschaft herbeischaffen müßte, durch § 2083 wieder aufgehoben. Aber warum wird denn der Satz, für den lediglich doktrinäre, aber unzutreffende Gründe geltend gemacht werden können, erst aufgestellt?

[1]) Vergl. § 182 mit § 1093.

[2]) Die Einschränkung hat die besondere üble Folge gehabt, daß gelegentlich Forderung und Schuldverhältniß mit einander verwechselt werden. § 664 B. G. sagt zu Anfang: „Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältniß nicht begründet". Der folgende Satz gibt aber einen theilweisen Widerruf: „Das

müssen allerdings auseinandergehalten werden. Dafür ist aber ohnehin gesorgt.

Ferner ist bei dem Pfandrechte das dringende Bedürfniß vorhanden, die dingliche Pfandforderung, das Recht, sich aus der Sache zu befriedigen, von der möglicher Weise vorhandenen, durch Pfandrecht gesicherten Forderung scharf zu unterscheiden.[1]) Aber dazu ist der Gegensatz von Anspruch und Forderung, wie ihn das B. G. in diesem Kapitel verwendet,[2]) weder nöthig noch auch nur besonders geeignet. Denn der Forderungsbegriff schließt den dinglichen Anspruch nicht nothwendig aus, und, was schwerer wiegt, der Anspruchsbegriff umfaßt auch die persönlichen Forderungen.

Es würde sich daher mehr empfehlen, hier den Inhalt des Pfandrechtes als dingliche Forderung, Pfandforderung, bez. Hypothek, die durch dasselbe etwa gesicherte, regelmäßig persönliche, Forderung aber persönliche Forderung, Schuldforderung zu nennen. Es würde damit zugleich das B. G. in diesem Abschnitte an sachlicher Klarheit gewinnen. Die Motive[3]) bringen es erfreulicher Weise ganz unzweideutig zum Ausdruck, daß der aus der Natur der Sache folgende Satz des § 291 B. G.: „das Schuldverhältniß erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen", hinsichtlich der persönlichen Forderung auch dann zur Anwendung kommt, wenn dieselbe mit einer Pfandforderung verbunden bez. durch eine solche gesichert ist. Die „Eigenthümerhypothek" ist also eine selbständige, von der Beziehung zu einer persönlichen Forderung losgelöste Pfandforderung, mit welcher, wie § 1100 sagt, auch durch die Uebertragung eine neue Forderung [soll heißen persönliche Forderung] nicht verbunden wird. Sie ist, sobald die Selbständigkeit des Pfandrechtes anerkannt wird, keine Ausnahme, sondern die folgerechte Konsequenz des in § 835 aufgestellten richtigen allgemeinen Grundsatzes. Man hat überhaupt für alle Fälle des Pfandrechtes konstruktiv festzuhalten: Was aus dem Grundstücke beigetrieben wird, ist auch in den Fällen, in denen mit

---

auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil ein Schuldverhältniß nicht bestanden hat." Es sollte heißen: Aus Spiel und Wette entstehen keine Forderungen. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann aber nicht wegen Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses zurückgefordert werden. — Auch § 1227 lautete vielleicht besser: „Die Verlobten können die Eheschließung nicht fordern". Oder noch besser beläßt man es vielleicht bei dem in der C. P. O. verordneten Ausschluß der Zwangsvollstreckung.

[1]) Krech u. Fischer, Zw. O. S. 126. — Vergl. zum Folgenden Bähr S. 518 ff.

[2]) Vergl. die §§ 1062, 1075 bis 1101.

[3]) III S. 733.

dem Pfandrechte eine persönliche Forderung verbunden ist, die dingliche Forderung. Durch die Befriedigung dieser geht freilich die damit gewissermaßen korrealiter verbundene persönliche Forderung unter. An und für sich ist aber die persönliche Forderung nur gegen die Person gerichtet. Sie beruht als solche lediglich auf der persönlichen Leistungspflicht.

Bei deutlicher Unterscheidung von persönlicher und dinglicher Forderung in dem Sprachgebrauche des Gesetzes würde dieses Verhältniß viel klarer in die Erscheinung treten.

Es würde gleichzeitig eine damit in Verbindung stehende wichtige Wahrheit eindringlicher an uns herantreten. Das Gesetz unterscheidet drei Arten von Hypotheken: Hypothek ohne Hypothekenbrief, Briefhypothek, Sicherungshypothek. Dazu kommt dann die Grundschuld. Während aber jene drei Arten der Hypotheken zu einem Titel vereinigt sind, folgt die Grundschuld in einem besonderen Titel vor dem Faustpfand und der ganze Abschnitt hat die Ueberschrift „Pfandrecht und Grundschuld" erhalten, da man, übrigens nicht ohne Vorgänger darin zu haben, Anstand nahm, die Grundschuld unter das Pfandrecht zu bringen. Diese Art der Eintheilung ist verfehlt. Der maßgebende Unterscheidungsgrund ist das Verhältniß des Pfandrechtes oder Werthrechtes zu der etwa zu Grunde liegenden persönlichen Forderung.[1]) Während bei der Grundschuld eine Beziehung zur persönlichen Forderung fehlen kann, jedenfalls nicht zum Ausdrucke gebracht wird, hat der Bestand der Sicherungshypothek das fordauernde Bestehen einer persönlichen Forderung zur nothwendigen Voraussetzung.[2]) Diese beiden Arten des Pfandrechtes bilden also die schärfsten Gegensätze. Die gewöhnliche Hypothek ist dagegen ein Zwitterding. In ihrer Entstehung zunächst, aber doch auch nicht absolut, von dem Vorhandensein einer persönlichen Forderung abhängig, kann sie, sobald sie in die Hand eines Dritten gelangt ist, unter gewissen Voraussetzungen, und wenn sie in die Hand des Eigenthümers kommt, ohne Weiteres fortbestehen, obgleich die persönliche Forderung untergegangen oder nicht entstanden ist.

Daraus folgt ohne Weiteres, daß die gewöhnliche Hypothek der Grundschuld näher verwandt ist als der Sicherungshypothek. Wenn man daher kein Bedenken trug, das Wort Pfandrecht auf die Eigenthümerhypothek anzuwenden, so brauchte man auch die Grundschuld nicht

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 241 ff.

[2]) Die praktisch durchaus gerechtfertigte Ausnahme für den Fall, daß die persönliche Forderung verjährt ist (§ 183 B. G.), und die in den §§ 1134, 1144 B. G. gestattete Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld schwächen freilich auch diesen Unterschied ab.

besonders hervorzuheben. Und wenn man den 10 der Sicherungshypothek gewidmeten Paragraphen einen besonderen Titel versagte, so mußte auch für die 10 Paragraphen über die Grundschuld davon abgesehen werden.

Dann wäre Gelegenheit gegeben, zu Anfang des Titels ganz im Allgemeinen etwa zu bestimmen:[1]) „Ein Grundstück kann dadurch belastet werden, daß für eine bestimmte Person eine (dingliche) Forderung auf Befriedigung aus dem Grundstücke eingetragen wird (Immobiliarpfandrecht).

Bei der Eintragung kann auf eine persönliche Forderung Bezug genommen werden (Hypothek) oder es kann eine solche Bezugnahme unterbleiben (Grundschuld).

Die Hypothek kann mit der Bezeichnung Sicherungshypothek oder ohne diese Bezeichnung eingetragen werden.

Ueber die Grundschuld muß ein Grundschuldbrief ertheilt werden.

Ueber Hypotheken mit Ausschluß der Sicherungshypotheken wird ein Hypothekenbrief ertheilt, wenn dieses durch Vertrag zwischen dem Grundstückseigenthümer und dem Pfandgläubiger bestimmt wird (Briefhypothek)."

Es würde dann im Weiteren möglich sein, den wesentlichen Inhalt der §§ 1063 bis 1075, 1077, 1078, 1080, 1081, 1082, 1091, 1096, 1102, 1103 bis 1105[2]) als allgemeine Vorschriften zu geben, dabei jede Erwähnung der etwa zu Grunde liegenden persönlichen Forderung zu vermeiden, und nur von der Pfandforderung zu sprechen. In dem Reste des Abschnittes wäre dann bei jeder der vier Arten des Pfandrechtes das Verhältniß zur persönlichen Forderung auch im Ausdrucke völlig klar zu stellen. Die das Gesetzbuch ungenießbar machenden und seine praktische Handhabung beeinträchtigenden Wendungen im § 1108: „Die Vorschriften, welche für die Hypothek ohne Hypothekenbrief gelten, finden auch auf die Briefhypothek Anwendung, soweit nicht in den §§ 1109 bis 1124 ein Anderes bestimmt ist"; in den §§ 1125, 1128: „Eine Hypothek kann auch in der Weise begründet werden, daß die Anwendung der Vorschriften der §§ 1083, 1089 ausgeschlossen ist. Auf die Sicherungshypothek finden im Uebrigen die für die Hypothek geltenden Vorschriften Anwendung, soweit nicht in den §§ 1126 bis 1134 ein Anderes bestimmt ist. Auf die Sicherungshypothek finden die Vorschriften der §§ 1079, 1085, 1097, sowie der §§ 1094, 1095, soweit die letzteren den Fall betreffen, in welchem der Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner ist, keine Anwendung", und im § 1136: „Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Briefhypothek entsprechende Anwendung,

[1]) Von Ausstellungen, die nach anderen Richtungen möglich sind, wird hier abgesehen.

[2]) Soweit sie nicht der C. P. O. zu überweisen sind, s. o. § 5 S. 45 ff.

soweit nicht aus dem Umstande, daß die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist, und aus den §§ 1137 bis 1144 ein Anderes sich ergibt", würden dann ganz von selbst in Wegfall kommen.[1])

Auch wo sonst das B. G. den Ausdruck „Anspruch" im korrekten privatrechtlichen Sinne gebraucht hat, steht nichts im Wege, demselben den Ausdruck Forderung zu substituiren.

Ich habe in dieser Beziehung den Entwurf in allen einzelnen Bestimmungen durchgeprüft. Bei dem rein negativen Ergebnisse interessirt eine nähere Mittheilung darüber nicht.

Für die Fälle, in welchen nach den bisherigen Ausführungen der Ausdruck Anspruch nur in Folge falscher Subsumtion gebraucht ist, darf die Bezeichnung Forderung freilich nicht substituirt werden. Aber auch hier ist die Bezeichnung „Anspruch" zu entfernen. Sie ist, soweit die betreffenden Bestimmungen überhaupt in dem B. G. zu verbleiben haben, in der bei Besprechung dieser Bestimmungen angedeuteten Weise leicht zu umgehen bez. zu ersetzen.

2. Einrede oder Gegenrecht?

§ 9.

Bezüglich der Fortdauer der römischen exceptio in unserem modernen Privatrechte liegt die Sache in manchen Beziehungen ähnlich wie bei der actio. Indessen ergeben sich im Einzelnen Unterschiede.

Savigny[2]) lehrt, daß es für den Beklagten im Prozesse, abgesehen von dem bloßen Bestreiten der klägerischen Behauptungen, zwei Arten der Vertheidigung gebe, nämlich die Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht (Beispiele: exceptio aus einem jus in re, exceptio dominii gegen actio publiciana, exceptio rei iudicatae) und die relative Verneinung, d. h. Bejahung des thatsächlichen Klagegrundes unter Bestreitung des klägerischen Rechtes, das als nicht vorhanden angegeben werde (Beispiele: Zahlung, Veräußerung des der Klage zu Grunde liegenden Eigenthumes). Die zweite Klasse stehe nach römischer Auffassung der bloßen Klagbestreitung am nächsten, die erste Klasse ent-

[1]) Auch § 183 Abs. 1: „Die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruches hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen", würde dann klarer und deutlicher lauten: „Der Untergang der persönlichen Forderung durch Verjährung hat auf den Bestand der Pfandforderung keinen Einfluß". — Daß hinsichtlich der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung die persönliche und die dingliche Forderung ganz unabhängig von einander sind, betonen auch die Motive (I S. 322).

[2]) System des heut. römischen Rechtes, Bd. 6 S. 153 ff., 189.

spreche im Großen und Ganzen der römischen exceptio, welche auch Vertheidigung des Beklagten, auf selbständige Rechte gegründet, gewesen sei. Die Fortdauer der exceptio über den Formularprozeß erkläre sich daraus, daß in der Fassung der Formeln das unverändert gebliebene innere Wesen der Rechtsverhältnisse ausgedrückt gewesen sei. Der Sprachgebrauch des jüngsten Reichsabschiedes, welcher unter exceptiones alle möglichen Vertheidigungsmittel der Beklagten versteht, und die Rücksicht auf die Beweislastvertheilung gibt dann die Veranlassung, für die Einrede im Sinne des Prozeßrechtes im Gegensatze zu der materiellen einen zweiten freieren Sinn anzunehmen.

Windscheid[1]) ist hinsichtlich der Einrede im Wesentlichen auf dem Standpunkte Savignys verblieben. Er unterscheidet Einrede im materiellen und prozessualischen Sinne. Letztere umfaßt alle selbständigen Behauptungen des Beklagten. Erstere beschränkt sich auf Umstände, welche Entstehung und Fortbestand des „Anspruchs" unangetastet lassen, aber dennoch bewirken, daß der Verpflichtete den Anspruch abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann, so daß der Anspruch bleibend oder vorübergehend, vollständig oder theilweise gehemmt ist. Diese Einrede soll im Wesentlichen mit der römischen exceptio zusammenfallen.

Eine stattliche Reihe von angesehenen Schriftstellern, u. a. Albrecht, Bekker, Brinz, Eisele, Krüger, Lenel, Leonhard, Schloßmann, Schultze, Sohm, Thon, v. Völdernborff, Zimmermann, haben mit den einleuchtendsten Gründen dargethan, daß die römische exceptio für das heutige gemeine Recht keine Bedeutung mehr habe, sondern der Geschichte angehöre. Eine ernstliche Abwehr dieses Angriffes ist kaum versucht. Aber die meisten Pandektenlehrbücher halten die exceptio mit Zähigkeit fest und sichern ihr den Einfluß auf die Praxis. Sie haben es auch verschuldet, daß das B. G. uns die exceptio als eine Institution von vermeintlich bleibendem Werthe erhalten will.

Der römische Begriff der exceptio[2]) ist zunächst ein prozessualischer, er bekommt aber in Folge des geschilderten besonderen Zusammenhanges von Privatrecht und Prozeß im römischen Rechte auch einen privatrechtlichen Beigeschmack.

Wenn der römische iudex durch die Formel si paret ..., condemna, s. n. p. a. angewiesen ist, für den Fall der Richtigkeit der klägerischen intentio zu kondemniren, sonst aber zu absolviren, so ist ihm damit im Allgemeinen auch die Befugniß gegeben, Alles, was nach dem Ergebniß der vor ihm geführten Verhandlung, also regelmäßig nach

---

[1]) Pandekten I § 47.

[2]) pr. P. S. 41 ff.

dem Vorbringen des Beklagten, dem klägerischen Begehren entgegensteht, zu berücksichtigen und daraufhin die absolutio auszusprechen.

Gewisse privatrechtliche Hindernisse darf er aber nur dann berücksichtigen, wenn er durch exceptio, welche in die Formel als negative Kondemnationsbedingung oder als Ausnahme von dem bedingten Kondemnationsbefehl eingeschaltet wird, darauf hingewiesen ist. Es ist dann natürlich Sache des Beklagten, schon in der Verhandlung in iure die Einschaltung zu erwirken. Sonst ist er insoweit präkludirt.

Damit ist aber nicht gesagt, daß dem Prätor selbst die Berücksichtigung der exceptio versagt gewesen wäre. Wenn nach den Ergebnissen der Verhandlung in iure, bei der bekanntlich nicht immer eine eingehende Kognition stattfand, sich herausstellte, daß das iudicium zur Absolution führen müsse, konnte der Prätor sofort zur denegatio actionis schreiten. Davon, daß er dabei an bestimmte theoretische Schranken gebunden gewesen wäre, daß er nur im Falle des Mangels der prozessualischen Voraussetzungen oder des Klaggrundes habe denegiren dürfen, wissen wir nichts. Im Gegentheil spricht Alles dafür, daß er auch wegen sofort liquider Einwendungen dazu befugt war. Und das wird man namentlich auch für den Fall anzunehmen haben, daß es sich um Einwendungen handelte, welche in iudicio nur ope exceptionis berücksichtigt werden durften. Die Fassung z. B. des S. C. Macedonianum und des S. Vellejanum: ne actio petitioque daretur (D. 14, 6.) bez. ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur (fr. 2 § 1 D. 16, 1.) dürfte dies für die exceptiones S. C. Mac. und S. C. Vellej. unzweifelhaft ergeben. Wie hätte der Prätor, wenn er überhaupt Einwendungen in Betracht zog, es sich versagen sollen, gerade die auf tuitio praetoria beruhenden Erlöschungsgründe von seiner Kognition auszuschließen?[1])

Auf der Nothwendigkeit der Einschaltung der exceptio für das iudicium beruht der Gegensatz von officium iudicis (ipso iure) und tuitio praetoria (ope exceptionis). Zwischen den privatrechtlichen Erlöschungs- und Hemmungsgründen der einen und der anderen Klasse einen grundsätzlichen inneren oder materiellen Unterschied zu entdecken, ist aber nicht gelungen. Es muß vielmehr jetzt als feststehend betrachtet werden, daß ein solcher nicht vorhanden ist. Der Erlaßvertrag wirkt ipso jure, wenn er acceptilatio ist, ope exceptionis, wenn er als pactum de non petendo erscheint, und bezüglich des pactum de non petendo in continenti adjectum streiten die römischen Juristen, ob es ipso iure oder ope exceptionis wirkt. Die res in iudicium deducta und res iudicata werden je nach der Verschiedenheit des iudicium schon

---

[1]) Vergl. unten § 10 S. 123.

ipso iure oder nur ope exceptionis berücksichtigt.[1]) Der dolus wird bald nur auf Grund der exceptio doli, bald auch ohne eine solche in Betracht gezogen. Die exceptio doli generalis entspricht keinem bestimmten Erlöschungsgrunde, sondern sie bildet ein Mittel zur Ermöglichung einer freieren Kognition in Bezug auf Erlöschungsgründe und Hemmnisse überhaupt. In gewissen Arten des iudicium werden dieselben aber auch ohne exceptio doli berücksichtigt. In den Gesetzen wird das ne actio, petitio detur, wie erwähnt, auch in solchen Fällen gebraucht, in denen prozessualisch exceptio erforderlich ist. An diesen Thatsachen muß jede Forschung nach inneren Merkmalen der exceptio nothwendig scheitern.

Es kann sich also nur um historische, äußere, zufällige Verschiedenheiten der in Betracht kommenden Fälle handeln. In dieser Beziehung läßt es sich allerdings nicht halten, alle materiell auf prätorischem Rechte beruhenden Absolutionsgründe der exceptio zuzuweisen und alle aus dem Civilrechte stammenden dem officium iudicis. Insbesondere ist die letztere Annahme durch die auf älterem wie neuerem Civilrechte beruhenden Exceptionen (exceptio iusti dominii, rei in iudicium deductae, rei iudicatae, legis Plaetoriae, legis Cinciae, Senatusconsulti Vellejani, Macedoniani) ausgeschlossen.[2])

Zu beachten bleibt dabei indeß, daß die auf älterem Civilrechte beruhenden Erlöschungsgründe nur in besonderen, durch die prätorische Fortentwickelung geschaffenen Fällen der exceptio bedurften. Namentlich ist das Bedürfniß für die exceptio rei in iudicium deductae nicht durch das Wesen der römischen Litispendenz oder Rechtskraft, sondern dadurch geschaffen, daß die Regel ne bis de eadem re sit actio über ihren ursprünglichen Geltungsbereich, in welchem sie ipso iure wirkte, erstreckt werden sollte.[3])

Ob die exceptio in der Weise auf den Prätor zurückzuführen ist, daß dieser sie zunächst zur Durchführung prätorischer Absolutionsgründe benutzte, und für civile Absolutionsgründe nur dann, wenn sie tuitione praetoria auf neue Fälle ausgedehnt werden sollten, daß dann aber später diese Schranke fiel, und die einmal eingeführte Prozeßfigur auch bei neu entstehenden civilrechtlichen Erlöschungsgründen benutzt wurde, kann hier dahingestellt bleiben.

Es genügt für die hier verfolgten Zwecke die Feststellung, daß zwischen ipso iure und ope exceptionis ein innerer Unterschied nicht besteht. Denn daraus folgt, daß, wenn nicht mit dem Fortfallen der

---

[1]) Gajus III, 181; IV, 106 ff.

[2]) Vergl. Gajus IV, 118.

[3]) Eisele, Abhandlungen zum römischen Civilprozeß, konnte nicht mehr benutzt werden.

Gegensätze von civilem und prätorischem Rechte, so doch mit dem Wegfalle der exceptio als einer Form des römischen Civilprozesses das römische Institut der exceptio überhaupt untergegangen ist, und daß der Gegensatz von ipso iure und ope exceptionis im römischen Sinne für das gemeine Recht der Gegenwart nicht die geringste Bedeutung hat.

Es bleibt aber die Frage bestehen, ob die so leer gewordene Stelle leer bleiben darf, oder ob sie in anderer Weise auszufüllen ist. Auch hier wird man bei der heutigen grundsätzlichen Trennung von Privatrecht und Prozeß zwischen dem prozessualischen und dem materiellen Gebiete unterscheiden müssen.

Für das Prozeßrecht ist die Festhaltung eines Einredebegriffes unentbehrlich. Die C. P. O. hat Begriff und Ausdruck im Wesentlichen richtig zur Anwendung gebracht.

Während mit dem unbestimmten Ausdrucke „Einwendungen"[1]) Bemängelungen jeder Art bezeichnet werden, bezieht sich die Einrede[2]) nur auf einen außerhalb der Klagbegründung liegenden Theil des sachlichen Kognitionsstoffes. Während die Klagbegründung den Inbegriff der zur Rechtfertigung des Begehrens zunächst ausreichenden, aber auch unter allen Umständen erforderlichen Behauptungen (unter Umständen nebst den die Rechtfertigung gebenden Rechtsnormen) bezeichnet, begreift die Einrede diejenigen Behauptungen in sich, welche das Klagbegehren auch im Falle der Wahrheit der Klagbegründung für immer oder zur Zeit, oder unter den vorliegenden Umständen unrechtmäßig erscheinen lassen. Auch hierbei kann man zugleich an die betreffenden Rechtsnormen denken. Die Kette wird bekanntlich noch durch Replik, Duplik u. s. w. verlängert.

Dieser Begriff der Einrede, bei dem es sich, ähnlich wie bei dem prozessualischen Anspruchsbegriff, nicht um vorhandene Berechtigungen, sondern um Rechtsbehauptungen handelt, kommt in Feststellungsprozessen ebenso zur Anwendung wie in Leistungsprozessen.

Der Begriff eignet sich auch zur Uebertragung von dem Gebiete der unmitelbar erheblichen Behauptungen auf das des Beweises und der dem Beweiszwecke dienenden mittelbar erheblichen Behauptungen. Die Beweiseinrede[3]) umfaßt dasjenige selbständige Vorbringen, welches gegen die Kraft und Bedeutung eines Beweismittels oder Beweisgrundes gerichtet ist. Die Einrede kann ferner nicht blos auf dem

---

[1]) Vergl. § 560 Abs. 2, §§ 561, 668, 685, 686, 696, 704 C. P. O. Aehnlich die „Erinnerungen" in § 313 C. P. O.

[2]) §§ 137, 251, 274, 560 Abs. 1 C. P. O. — Vergl. pr. P. S. 718 ff.

[3]) § 256 C. P. O.

Gebiete des sachlichen Kognitionsstoffes, sondern auch auf dem der prozessualischen Vorbedingungen der Sachentscheidung Anwendung finden. Die Prozeßeinrede[1]) ist selbständiges Vorbringen des Beklagten, welches erforderlich ist, um ein prozessualisches, der Sachentscheidung entgegenstehendes, Hinderniß zur Geltung zu bringen.

Der praktische Werth dieses Einredebegriffes liegt, abgesehen von seiner Bedeutung für den Gang der richterlichen Kognition,[2]) darin, daß Beklagter ein Interesse daran hat, für die Behauptung und Beweisung der Einrede zu sorgen, da sie ein „Vertheidigungsmittel" ist, aber, wie aller Prozeßstoff, der Verhandlungsmaxime entsprechend nicht berücksichtigt wird, wenn nicht die ihr zu Grunde liegenden Behauptungen in den Prozeß eingeführt sind.

Fraglich bleibt dabei — und dieser Punkt ist für die hier zu lösende Aufgabe von Bedeutung —, ob der Richter die Einredebehauptungen auch dann berücksichtigen darf, wenn sie vom Kläger vorgebracht sind, oder ob man eine besondere „Erhebung" der Einrede seitens des Beklagten verlangen muß, so daß man neben der Behauptung, die Forderung sei bezahlt, noch eine besondere Erhebung der Zahlungseinrede zu verlangen hätte. Im Allgemeinen wird man die Frage verneinen müssen, da eine solche Erhebung nirgends vorgeschrieben, auch die Berücksichtigung von Vertheidigungsmitteln, welche der Kläger vorbringt, und umgekehrt, nicht verboten ist.

Praktisch wird die Frage freilich selten vorkommen. Am klarsten würde sie in die Erscheinung treten, wenn der Kläger im Versäumnißverfahren seinem Klagvorbringen die vollständige Behauptung und Begründung einer Einrede beimischte. Das Urtheil wird nach § 296 C. P. O. auf Abweisung lauten müssen. Denn der Richter hat das gesammte Vorbringen zu berücksichtigen, und nach diesem erscheint der Klageantrag nicht gerechtfertigt.[3])

---

[1]) Die C. P. O. kennt den Ausdruck nicht. Sie gebraucht nur die inkorrekte Bezeichnung „prozeßhindernde Einrede" in einem viel beschränkteren Sinne. S. o. § 1 S. 4 A. 3.

[2]) pr. Pr. S. 722.

[3]) Hiernach ist eine eigene Ausführung (pr. Pr. S. 718) zu berichtigen. Der Satz, daß die Verjährungswirkungen trotz der klar zu Tage liegenden Voraussetzungen derselben nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn nicht der Beklagte die Verjährung vorschützt, kann nicht lediglich aus der Verhandlungsmaxime und dem prozessualischen Einredebegriff hergeleitet werden. Wenn der Satz, daß die Verjährung besonders vorgeschützt werden muß, richtig ist, so muß er durch positive Vorschrift oder durch eine Deduktion anderer Art gerechtfertigt werden.

Darüber, ob auch auf dem Gebiete des Privatrechtes der von der exceptio eingenommene Raum durch etwas Anderes ausgefüllt werden müsse, besteht auch unter denjenigen, welche sich von der Beibehaltung der römischen exceptio losgesagt haben, keineswegs Einigkeit. Lenel stellt am Schlusse seiner Erörterungen[1]) den Satz auf: Der Anspruch existirt oder er existirt nicht. Ein Mittelding herzustellen zwischen Sein und Nichtsein des Rechtes, ist unmöglich. Für Einreden ist also kein Raum.

Dagegen kommt Kohler[2]) zu der Annahme „reaktionsunfähiger Ansprüche". Dieselbe soll die Lösung der Schwierigkeiten des modernen Exzeptionenbegriffes bieten. Als Gründe der Reaktionsunfähigkeit, welche also nicht den Anspruch, sondern nur die Möglichkeit seiner erfolgreichen Geltendmachung (Klagbarkeit) aufheben, bezeichnet er neben Zwangsvergleich, beneficium competentiae, Mangel der Ueberweisung bei einer gepfändeten Forderung, auch Retention und beneficium excussionis. Auch die Kompensationswirkung wird dazu gerechnet. Es genügt ihm zur Annahme eines Anspruches, daß Erfüllung möglich ist, und es ist danach denkbar, daß einem „alten gereiften Anspruche" die Reaktionsfähigkeit, die Waffe des Angriffes, verliehen wird.

Von anderen Ausgangspunkten gelangt Bekker[3]) zu der Annahme „negativer Rechte", deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkungen anderer Rechte zu brechen, und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben. Dazu gehören neben dem S. C. Macedonianum und Vellejanum, dem pactum de non petendo, der querela inofficiosi testamenti, dem Schenkungswiderruf, der querela non numeratae pecuniae auch Verjährung und, jedoch mit Vorbehalt, Abhängigkeit von der Gegenleistung bezw. Vorleistung. Die Frage ist in der Wissenschaft nicht nur nicht zum Abschluß gebracht, sondern es sind überhaupt erst die Anfänge gemacht, um zu einer ausgebildeten Theorie zu gelangen. Mit dieser Thatsache ist bei den Gesetzgebungsarbeiten zu rechnen.[4])

---

[1]) Ueber Ursprung und Wirkungen der Exzeptionen S. 137.

[2]) a. a. O. S. 14 ff., 26.

[3]) Pandekten I S. 89.

[4]) Kohlers Reaktionsunfähigkeit scheint mir doch zu verschiedenartige Dinge in sich zu bergen. Bei der obligatio naturalis, welche Kohler hierher rechnet, fehlt es nach heutiger Auffassung überhaupt an einem Anspruch; dadurch unterscheidet sich der Fall von dem damit in Verbindung gebrachten, daß nach englischem Rechte Ansprüche aus dem Markenrecht nicht gerichtlich geltend gemacht werden können, wenn sie nicht ins Register eingetragen sind, daß aber nach der Eintragung auch Ansprüche aus der früheren Zeit verfolgbar sind. Im letzteren Falle handelt es sich um eine besondere Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges.

Das B. G. gebraucht die beiden Kunstausdrücke „Einwendungen" und „Einreden", vereinzelt auch den „Einwand". Was den Unterschied vom Sprachgebrauche der C. P. O. anbetrifft, so ist zunächst, ähnlich wie bei dem Anspruche, festzustellen, daß es sich dort um Behauptungen handelt, deren Begründetheit dahingestellt bleibt, hier aber um Rechtswirkungen. Im Uebrigen wird zuzugeben sein, daß die „Einwendung" im Sinne des B. G. inhaltlich sich mit der „Einwendung" im Sinne der C. P. O. deckt. Man wird die „Einwendung" im B. G. als eine ganz allgemeine Bezeichnung für Mängel der Berechtigung ansehen dürfen, wobei ganz dahingestellt bleibt, ob sie dieselbe von vornherein nicht haben entstehen lassen, oder ob sie dieselbe ganz vernichten, oder ob der Bestand des Rechtsverhältnisses an sich nicht gefährdet ist. In diesem Sinne wird auch ein solcher privatrechtlicher Mangel als Einwendung bezeichnet, welcher prozessualisch als Bestreiten der Klagbegründung erscheinen würde. Es gibt nach dem B. G. insbesondere „Einwendungen, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint wird" und den „Einwand, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei".[1])

In Bezug auf die „Einwendung" wird man sich darauf beschränken können, die Wahl eines Ausdruckes zu verlangen, welcher die Beziehung auf den Prozeß und das subjektive Verhalten des Verpflichteten ganz vermeidet, damit Privatrechtliches und Prozessualisches auseinander gehalten werden kann. Bei der Allgemeinheit der Bezeichnung würde der ebenfalls ganz allgemeine Ausdruck „Mangel" wohl verwendet werden können. Freilich müssen dann einige Paragraphen auch im Uebrigen eine weniger subjektive Fassung erhalten.

Schwerwiegender sind die Bedenken gegen die „Einrede" des B. G. Denn das Gebiet dieser Einrede ist inhaltlich ein viel engeres als das der Einrede der C. P. O. Zunächst schon in Folge des engeren Anspruchsbegriffes. Einreden im Sinne der C. P. O. stehen auch den Feststellungsbegehren entgegen, Einreden im Sinne des B. G. richten sich nur gegen privatrechtliche Forderungen in dem in § 8 festgestellten Sinne. Sodann aber auch noch in Folge einer Verengerung, welche das B. G., den Spuren der Savigny-Windscheidschen exceptio folgend, mit dem Einredebegriff selbst vorgenommen hat. „Der Einredebegriff des materiellen Rechtes", so belehren uns die Motive,[2]) „deckt sich nicht mit demjenigen des Prozeßrechtes. Nach den heutigen Beweisgrundsätzen fällt, da die Aufgabe des Klägers in Ansehung der Klagbegründung lediglich

---

[1]) §§ 822, 1084 B. G. Vergl. im Weiteren die §§ 316, 416, 1083 1085, 1160 B. G.

[2]) I S. 359.

darin besteht, die Thatumstände darzulegen, welche den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruches nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge rechtfertigen, in den Bereich der prozessualen Einrede jedes Anführen, welches, ohne die Richtigkeit der Klagethatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Thatsachen entgegentritt, und zu diesen Thatsachen gehören nicht blos diejenigen, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klaganspruches ausschließen, sondern auch diejenigen, welche ergeben, daß der Anspruch, der Klagethatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß derselbe zwar entstanden, aber wieder erloschen sei. Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur Umstände der ersteren Art, d. h. solche Umstände, welche die Befugniß gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht. Die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen entziehen mit und durch ihren Eintritt dem Rechte seinen Bestand. Gegen ein nicht oder nicht mehr vorhandenes Recht bedarf es materiell keiner Vertheidigung."

Klarer, als durch diese unzählige Male widerlegten, aber doch mit einer beneidenswerthen Dauerhaftigkeit ausgestatteten Deduktionen Savignys wird die Sache durch das bekannte einfache Beispiel: Zahlung ist eine Einrede im Sinne der C. P. O., aber keine Einrede im Sinne des B. G.

Bevor auf die Prüfung des Einredebegriffes und seiner Anwendung im B. G. näher eingegangen wird, möge man auch hier die Bitte um eine andere Bezeichnung gestatten. Die Bezeichnung „Einrede" paßt offensichtlich nur für den Prozeß.[1]) Im B. G. aber sollen mit derselben rein privatrechtliche Wirkungen bezeichnet werden, welche auch außerhalb des Prozesses, und ohne daß von den Betheiligten an einen Prozeß irgend gedacht wird, einzutreten haben. Jeder Unbefangene empfindet hier sofort das Unerträgliche, Unzutreffende des Ausdruckes. Ferner: da sich der Ausdruck in Folge des Anschlusses des B. G. an die Savignysche Theorie von der exceptio des römischen Rechtes als eine Uebersetzung der exceptio darstellt, so liegt die Gefahr nahe, daß auf diese Art die antiquirte römische exceptio mit ihrer privatrechtlich-prozessualischen Zwitternatur, von welcher sich zu befreien

[1]) Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, gibt die beiden Bedeutungen: „eine in Etwas eingeschobene Rede" und „Das, was man einwendend gegen Etwas vorbringt, um es in seinem Fortgange zu hemmen oder aufzuheben". Ebenso hat das deutsche Wörterbuch der Gebr. Grimm nur die beiden Bedeutungen: „Dazwischenrede" und „Widerspruch".

Theorie und Praxis des gemeinen Rechts mit Erfolg bemüht waren, wieder eingeführt, und damit die Auseinandersetzung von Prozeß- und Privatrecht, in deren Durchführung ein Hauptvorzug einer modernen Kodifikation zu erblicken ist, verhindert wird. Endlich — und das scheint mir die schlimmste Quelle künftiger Verwirrung zu sein — ist der Begriff im B. G. enger als in der C. P. O., so daß eine Verständigung bei dem Gebrauche des Wortes Einrede nur durch den steten Zusatz „im Sinne des B. G.", „im Sinne der C. P. O." möglich sein wird.

Es soll sich bei dem, was das B. G. „Einrede" nennt, um selbständige Rechtswirkungen, nicht um bloße Modifikationen der Forderung (des Anspruches) handeln, und zwar um Wirkungen, die der Forderung entgegenstehen. Ist das richtig, so würde, da Bekkers Bezeichnung „negative Rechte" nur für die Theorie, aber nicht für die Gesetzessprache berechnet ist, vielleicht die Bezeichnung „Gegenrecht" dem Begriffe und dem Bedürfnisse entsprechen. Schließlich ist jeder andere Ausdruck der Bezeichnung „Einrede" vorzuziehen, weil damit die Gefahr der Begriffsverwirrung ausgeschlossen wird. Haben wir die materielle replicatio und duplicatio glücklich beseitigt, und an die Stelle der actio die rein privatrechtliche Forderung gesetzt, so wird und muß es auch gelingen, von der privatrechtlichen exceptio loszukommen.

Im Weiteren ist nun aber, wie bei dem Anspruch, zu fragen, ob der „Einrede" des B. G. ein klarer Begriff zu Grunde liegt, und ob die Bezeichnung überall sachgemäß zur Anwendung gelangt ist.

Da das B. G. eine gesetzliche Definition seiner „Einrede" nicht gegeben hat, was doch, da der Begriff in einem anderen Sinne, als dem der C. P. O. gebraucht wird, nothwendig gewesen wäre, so muß die Begriffsbestimmung zunächst aus den einzelnen Fällen entnommen werden, welche sich nach dem B. G. als Einreden darstellen. Der Entwurf selbst bezeichnet als Einreden: die Einrede der Verjährung,[1]) die Abzugseinrede (beneficium inventarii),[2]) die Einrede des nicht erfüllten Vertrages,[3]) die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes[4]) und die Einrede der Vorausklage.[5])

---

[1]) § 182 B. G.

[2]) §§ 162, 671, 1084 Abs. 3, 1160, 2133 ff., 2140, 2141, 2142, 2146. Die Einrede des Vermächtnißnehmers, durch welche er geltend macht, daß er nicht über den Betrag des Vermächtnisses hinaus Auflagen und Aftervermächtnisse zu entrichten hat, folgt gemäß § 1881 B. G. dem Rechte der Abzugseinrede. Sie wird daher im Folgenden nicht besonders erwähnt werden.

[3]) § 162 B. G.

[4]) § 162 B. G.

[5]) §§ 162, 674, 675 B. G.

Außerdem bezeichnen die Motive[1]) die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache als „Einrede im engeren Sinne" unter Berufung auf § 191 Abs. 2, nach welchem auf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles verzichtet werden kann, und das Gericht dieselbe nur berücksichtigen darf, wenn sie geltend gemacht wird.

Auch bei dem Rechte der Wandelung und Minderung wird von der einredeweisen Geltendmachung gesprochen.[2]) Da sich diese Wendung jedoch auf den Prozeß bezieht, so ist damit die Annahme einer Einrede im engeren Sinne nicht geboten. Die Motive[3]) stellen, mit dieser Auffassung übereinstimmend, hier „Klage" und „Einrede" in Gegensatz. Aehnlich verhält es sich mit einem Falle, den die Motive gelegentlich (III S. 699) zu den Einreden im engeren Sinne rechnen. Wer über ein nicht empfangenes Darlehen ein Anerkenntniß ausgestellt hat, kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Befreiung von der Verpflichtung verlangen und die Erfüllung weigern (§ 604 B. G.). Diese Rechte können sowohl im Wege der Klage wie im Wege der prozessualischen Einrede geltend gemacht werden. Gleichwohl braucht der Fall ebensowenig zur Einrede im Sinne des B. G. gerechnet zu werden, wie die gleich zu erwähnenden Fälle der Aufrechnung und der Anfechtung. Dagegen betrachtet das B. G. nicht als Einreden die Gründe, aus denen ein „Schuldverhältniß" erlischt, also namentlich Erfüllung,[4]) Hinterlegung,[5]) Erlaß[6]) und Vereinigung.[7]) Auch der Eintritt einer Resolutivbedingung[8]) ist nicht zu den Einreden zu rechnen.

Von besonderer Wichtigkeit ist es, daß die Aufrechnung (Kompensation) nicht als Einrede im engeren Sinne aufgefaßt wird, obwohl dieselbe nach dem B. G. erst durch eine von dem einen Gläubiger gegenüber dem anderen Gläubiger abzugebende Willenserklärung ihre privatrechtliche Wirkung erlangt. Denn die Wirkung besteht darin, daß die beiderseitigen Forderungen „als erloschen gelten".[9]) Deshalb stellt § 162 Abs. 3 die Aufrechnung zu den Einreden im engeren Sinne in Gegensatz, und die Motive[10]) sagen dabei ausdrücklich, daß für die An-

---

1) I S. 373.
2) §§ 397, 571 B. G.
3) II S. 238.
4) §§ 263 ff. B. G.
5) §§ 272 ff. B. G.
6) § 290 B. G.
7) § 291 B. G.
8) § 129 B. G.
9) Vergl. §§ 281 bis 283 B. G.
10) I S 315.

nahme einer Einrede der Aufrechnung gegenüber den Bestimmungen der §§ 282, 283 kein Raum sei.[1])

Auch die Fälle der Anfechtbarkeit,[2]) insbesondere die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Drohung und Betrug, die speziell geordnete Anfechtung einzelner Rechtsgeschäfte, insbesondere der letztwilligen Verfügungen, der Erbeinsetzungsverträge, der Ausschlagungs- und Annahmeerklärung hinsichtlich der Erbschaften, des Verzichtes auf das beneficium inventarii, der Anerkennung der Ehelichkeit, der Annahme an Kindesstatt oder deren Aufhebung, die Anfechtung eines Erbschaftsanfalles wegen Erbunwürdigkeit, endlich die Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit eines Kindes fallen nicht unter die Einrede im engeren Sinne, obwohl eine Reihe dieser Fälle prozessualisch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. § 162 Abs. 3 B. G. stellt Anfechtung und Einrede ausdrücklich in Gegensatz, und die Motive betonen diesen Gegensatz an verschiedenen Stellen.[3]) Der der Anfechtung nahe verwandte Schenkungswiderruf[4]) ist ebenfalls keine Einrede im engeren Sinne, wenngleich derselbe prozessualisch auch mittels Einrede durchzusetzen wäre. Auch eine Befristung, mag sie nun von vornherein vorhanden gewesen oder, als Stundung, nachträglich beigefügt sein,[5]) bewirkt nicht, daß der Forderung eine Einrede im engeren Sinne gegenübersteht. „Die rechtliche Wirkung tritt sofort ein, nur ihre Geltendmachung ist hinausgeschoben", wie das B. G.[6]) mit den meisten Pandektenlehrbüchern sagt, oder, was vorzuziehen sein dürfte:[7]) Während der Befristung ist zwar eine vollkommen gesicherte Expektanz auf eine

---

[1]) Prozessualisch bleibt die Geltendmachung der Aufrechnung Einrede. Es wäre deshalb nicht gerade nöthig gewesen, durch Art. 11. E. G. B. G. aus dem § 274 C. P. O. die „Einrede" zu entfernen. Auch ist nicht abzusehen, weshalb § 491 C. P. O. der neuen Fassung von der auf die Aufrechnung gegründeten „Einwendung" spricht, und nicht das in diesem Falle ganz zutreffende Wort „Einrede" wählt. Im Allgemeinen ist aber, wie schon bemerkt wurde, die neue Fassung vorzuziehen.

[2]) §§ 103, 1781 bis 1787, 1948, 1949, 2040, 2041, 2094, 1478, 1630, 2046 bis 2048, 1259 bis 1270, 1471 bis 1475 B. G.

[3]) I S. 315 u. S. 360.

[4]) §§ 449, 451 B. G.

[5]) Im Falle der nachträglichen Stundung sprechen allerdings die Motive gelegentlich von der Stundungseinrede als einer Einrede im engeren Sinne (Mot. I S. 314). Ein Anhalt im Gesetze ist dafür aber nicht zu finden.

[6]) § 141 B. G.

[7]) Uebereinstimmend Hölder S. 129.

Forderung vorhanden. Die Forderung selbst, als vollkommene und präsente, ist aber erst mit dem Ablauf der Befristung vorhanden, bez. wieder vorhanden.[1])

Endlich fallen auch die besonderen Umstände, welche die Entstehung einer Rechtswirkung verhindert haben, z. B. bei Rechtsgeschäften Mängel der Geschäftsfähigkeit, der Willensübereinstimmung, des Willensentschlusses, der gesetzlichen oder vereinbarten Form, nicht unter den materiellen Einredebegriff, wie die Motive noch besonders bestätigen.[2])

Sehr zu Unrecht sprechen die Motive[3]) von der Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche als von einer Einrede im engeren Sinne. So lange das Miethsrecht währt, besteht keine Forderung des Eigenthümers gegen den Miether auf Rückgabe. Prozessualisch gehört allerdings in dieser Richtung das Miethsverhältniß zur Einrede. § 942 B. G. sagt von diesem Falle: „Der Anspruch auf Herausgabe ist ausgeschlossen". Von einer Einrede spricht er aber nicht.

Bevor aus den über Einreden aufgestellten Normen das Charakteristische der Einrede zu entwickeln versucht wird, sind die aus dem B. G. hervorgehenden Eintheilungen der Einrede festzustellen. Die Motive[4]) unterscheiden zunächst peremtorische und bilatorische Einreden und bemerken dabei, daß erstere im B. G. als Einreden bezeichnet seien, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen sei, ein Ausdruck, der als allgemeine Bezeichnung in den §§ 737 Abs. 2, 1093, 1192 Abs. 2 B. G. wiederkehrt.

Im Einzelnen bezeichnet das B. G. nur die Verjährungseinrede als eine solche peremtorische Einrede. Man wird aber die Einrede der Rechtskraft und die Abzugseinrede aus dem beneficium inventarii hin-

---

[1]) Für die römische exceptio pacti de non petendo ist also nach dem Rechte des B. G. kein Raum. Das pactum de non petendo ist heute entweder Erlaß oder Stundung, möglicher Weise mit Einschränkungen hinsichtlich der Person oder der Forderung. Erlaß ist sie insbesondere auch dann, wenn verabredet sein sollte, daß die Forderung zwar nicht aufgehoben, aber dauernd nicht geltend gemacht werden solle. In beiden Fällen ist die Wirkung des Vertrages nicht Einrede im Sinne des B. G. — Auch Kohler (a. a. O. S. 19 u. 20) nimmt an, daß das pactum de non petendo, und zwar auch das in tempus, nicht blos die Reaktionsfähigkeit des Anspruches aufhebt, sondern den Anspruch selbst, so daß im Falle der Stundung erst nach Ablauf des certum tempus ein Anspruch erwächst.

[2]) Vergl. § 194 B. G.; Mot. I S. 359; s. oben. § 3 S. 21.

[3]) I S. 314.

[4]) Mot. I S. 360.

zurechnen müssen, während die übrigen Einreden: nicht erfüllter Vertrag, Zurückbehaltungsrecht und Vorausklage sich als dilatorische darstellen.

In den §§ 302, 316 B. G. wird auch noch von den Einreden gesprochen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben (exceptiones personae cohaerentes). Unter den mit Sicherheit aus dem B. G. festzustellenden Einreden im engeren Sinne ist keine, auf welche diese Bezeichnung paßte. Auch die Motive geben kein Beispiel, und so hat es den Anschein, daß es entweder nichts gibt, was unter den Begriff fällt, oder daß hier Einrede in einem anderen Sinne gebraucht ist. In beiden Fällen muß die Bestimmung gestrichen werden.

Im Uebrigen sind die beiden Eintheilungen keineswegs der Einrede im Sinne des B. G. eigenthümlich. Sie lassen sich ebensowohl auf Mängel und Hindernisse beziehen, welche nicht unter diesen Begriff fallen.

Die Motive[1]) rechtfertigen die Beibehaltung der Einrede mit der Ausführung, es müsse die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindere oder wieder aufhebe, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewähre, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruches, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer, ablehnen zu dürfen. In wirthschaftlicher Beziehung sei allerdings der Anspruch mit peremtorischer Einrede einem nicht bezw. nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwerthig. Rechtlich bestehe ein in zwiefacher Hinsicht praktisch bedeutsamer Unterschied, indem auf die Einrede verzichtet werden und dadurch der Anspruch ohne Wiederholung der Begründung seine Kraft wiedererlangen könne, indem ferner die Einrede richterliche Beachtung nur finden dürfe, wenn der Beklagte dieselbe durch Anrufung in Wirksamkeit setze. Von der Anfechtung, welche in diesen beiden Momenten mit der Einrede übereinstimme, unterscheide sich letztere dadurch, daß mit der Anfechtung der Anspruch aufgehoben sei, während die Einrede nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden könne, und sich nicht gegen den Bestand des Anspruches, sondern nur gegen dessen Durchsetzung richte. Dabei wird aber zugegeben, daß in den besonders gearteten Fällen der §§ 1093, 1192 Abs. 2 eine Annäherung an die Anfechtung stattfinde.

Es sind also nicht rechtspolitische, auf den Inhalt bezügliche Gründe, sondern doktrinäre, die juristische Konstruktion betreffende Erwägungen, welche zur Festhaltung der Einrede geführt haben.

Auf dem Gebiete der juristischen Konstruktion ist also der Kampf gegen die Einrede zu führen. Es wird eine Konstruktion auf Grund der

---

[1]) I S. 359.

von der Einrede geltenden Normen zu versuchen sein. Der Nachweis der Unhaltbarkeit der Einrede ist erbracht, wenn sich herausstellt, daß es kein einziges rechtliches Merkmal gibt, welches einerseits allen Einreden gemeinsam ist, und dieselben andererseits von anderen rechtlichen Gebilden unterscheidet. Denn dann ist, wenn auch die Regelung der einzelnen Fälle, welche „Einrede" genannt sind, zu billigen sein sollte, die Beibehaltung der zusammenfassenden Bezeichnung unhaltbar. Und dieser Nachweis läßt sich sowohl bezüglich der Einrede im Allgemeinen, wie der peremtorischen Einrede insbesondere führen.

Daß die Einrede im Sinne des B. G. voraussetzt, daß ein Anspruch (§ 182 B. G.) oder eine Forderung (§§ 281, 1093 B. G.) entstanden und noch vorhanden ist, kann kein besonderes Merkmal sein. Beides hat sie mit der Anfechtung, ersteres auch mit manchen Einreden im Sinne der C. P. O. gemeinsam, welche nicht Einreden im Sinne des B. G. sind. Auch der hemmende Einfluß, welcher ihr bezüglich der Verjährung (§ 162 Abs. 2) und der Kompensation (§ 281 Abs. 2) zugeschrieben wird, ist kein besonderes Charakteristikum desselben. Denn auch bei einer Einrede im Sinne der C. P. O. kann von Verjährung und Kompensation nicht die Rede sein. Bezüglich der Verjährung liegt die Sache übrigens sehr unklar. § 162 Abs. 2 selbst hat die Einrede im engeren Sinne als solche gar nicht hervorgehoben, sondern es ist dort nur von rechtlichen Hindernissen die Rede, welche die Rechtsverfolgung nicht gestatten. Die Motive verkünden nun aber (I S. 313), daß dabei vornehmlich die Einreden im engeren Sinne in Betracht kämen. Im Einzelnen sind nun aber die Abzugseinrede (beneficium inventarii), die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und die Einrede der Vorausklage von der Vorschrift ausgenommen. Es bleiben dann noch übrig die Einrede der Verjährung und der rechtskräftig entschiedenen Sache. Die erstere kann hier offenbar nicht in Frage kommen. Aber auch die zweite kann die Verjährung nicht hemmen. Denn entweder ist die Forderung nach rechtskräftiger Abweisung untergegangen, oder sie ist es nicht. Im ersteren Falle kann sie nicht mehr verjähren, im anderen kann doch die Thatsache, daß sie rechtskräftig aberkannt sei, unmöglich der Verjährung dauernd entgegenstehen.

Hiernach hat es den Anschein, als wenn dem Wortlaute des § 162 Abs. 2 entgegen sämmtliche Einreden im engeren Sinne die Verjährung nicht hemmten. Man hätte dann allerdings einen Unterschied von der Einrede im weiteren Sinne, aber nur ein solchen, der zugleich Merkmal der Anfechtung ist (§ 162 Abs. 3).

Auch die Wirkungen der Einreden gegen die persönliche Forderung zu Gunsten des Bürgen (§ 671 Abs. 1) und zu Gunsten des Pfand-

schuldners (§§ 1084, 1160) können nicht als Charakteristika geltend gemacht werden. Beides gilt auch von den Einreden im weiteren Sinne. Außerdem sind hinsichtlich einzelner Einreden im engeren Sinne Ausnahmen gemacht, so in beiden Fällen hinsichtlich der Abzugseinrede (§§ 671 Abs. 2 und 1084) und im zweiten Falle auch bezüglich der Verjährung (§ 182).

Die eigentliche Besonderheit der Einrede im engeren Sinne könnte dann noch darin bestehen, daß die Einrede den Anspruch bez. die Forderung nicht schon durch ihr Entstehen zum Erlöschen bringt, sondern erst dadurch, daß sie geltend gemacht wird, sowie in dem damit in Verbindung stehenden Umstande, daß auf die, Einrede genannte, Rechtswirkung verzichtet werden kann. Unterschiede von der Einrede im weiteren Sinne würden das freilich sein. Aber mit der Anfechtung würde die Einrede in diesen Punkten wieder übereinstimmen. Dazu kommt noch in Betracht, daß der hier aufgestellte Satz lediglich gelegentlich in den Motiven ausgesprochen ist. Da er im B. G. selbst keinen Ausdruck gefunden hat, so würde er, wenn nicht den Motiven Gesetzeskraft verliehen wird, überhaupt demnächst als Rechtssatz nicht anerkannt werden können.

Schließlich haben die Motive, wie schon erwähnt wurde, einen Unterschied von der Anfechtung darin gefunden, daß die Anfechtung bereits durch die Anfechtungserklärung wirke, die Einrede aber erst durch die gerichtliche Durchsetzung, so daß erst mit dem Urtheile die Forderung untergeht bez. zurückgewiesen wird.[1])

Aber auch dieser letzte Unterschied wird in doppelter Weise durchbrochen. Zunächst für die Einrede durch § 1093 B. G.: „Steht dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des Anspruches auf die Leistung dauernd ausgeschlossen wird, so erlischt die Hypothek mit der gegenüber dem Gläubiger abzugebenden Erklärung des Eigenthümers, daß er die Einrede geltend mache.“ Hier wirkt plötzlich die Einrede ganz gegen ihr angebliches Wesen, schon durch die bloße Erklärung, sie bewirkt auch, ebenfalls gegen ihre vermeintliche innerste Natur, Untergang, nicht blos Hemmung des

[1]) D. h. eigentlich geht nach dem B. G. die Forderung nicht unter, sondern es steht nur die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Denn auch die Rechtskraft bewirkt nicht den Untergang der abgewiesenen Forderung, sondern behaftet sie nur mit einer Einrede. Ueberhaupt läßt sich mittels der Einrede der Verjährung und der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache im Sinne des B. G. eine Schraube ohne Ende herstellen. Vergl. unten § 10 S. 121, 122.

Rechtes. Umgekehrt bestimmt § 2047 B. G. für die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit: „Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Klage auf Erbunwürdigkeit. Sie wird erst mit der Rechtskraft des Urtheiles wirksam, durch welches der Erbe für erbunwürdig erklärt wird.“ Damit ist das letzte spezifische Merkmal der Einrede gefallen. Jedenfalls kann dasselbe, wenn es solche Ausnahmen gestattet, allein nicht ausreichen, um den Begriff der Einrede im engeren Sinne zu begründen.

Die zuletzt aufgeführte Bestimmung würde anscheinend zugleich ein Charakteristikum der peremtorischen Einrede bilden. Aber auch damit steht es sehr übel. Der Satz gilt nicht für Verjährung (183), er gilt auch nicht für das Inventarrecht (§ 1084 Abs. 3).[1]) Es bliebe also von den bekannten peremtorischen Einreden nur die der rechtskräftig entschiedenen Sache. Und für diese paßt die Bestimmung erst recht nicht. Denn das Urtheil hat die Abweisung entweder wegen mangelnder Klagbegründung oder wegen einer Einrede im engeren oder weiteren Sinne ausgesprochen. Hat dasselbe wegen mangelnder Klagbegründung oder wegen einer Einrede im weiteren Sinne abgewiesen, so besteht die Forderung nicht mehr. Die Hypothek ist also nach § 1092 ohne Weiteres erloschen. Hat es aber wegen einer peremtorischen Einrede im engeren Sinne abgewiesen, so kann § 1093 keine Anwendung finden, weil alle übrigen bekannten peremtorischen Einreden im engeren Sinne von demselben ausgeschlossen sind.[2]) § 1093 kann also niemals zur Anwendung kommen. Jedenfalls ist seine Anwendbarkeit kein allgemeines Merkmal für peremtorische Einreden im engeren Sinne. Nicht viel besser ist es mit dem zweiten und letzten Merkmale derselben. Leistungen auf Forderungen, welche mit einer Einrede im engeren Sinne behaftet sind, unterliegen der condictio indebiti (§ 737 Abs. 1 E. P. O.). Einerseits gilt der Satz auch für Einreden im weiteren Sinne. Andererseits ist die Verjährungseinrede wieder ausgenommen (§ 183 Abs. 3).

Hiernach dürfte die Unmöglichkeit einer allgemein gültigen und charakteristischen Definition der Einrede im Sinne des B. G. und der peremtorischen Einrede insbesondere dargethan sein. Den gelegentlichen Ausspruch der Motive (I S. 342): „Der Begriff der materiell rechtlichen Einrede gewährt eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeugt“, wird man jetzt zu würdigen wissen. Schon das dürfte genügen, um nicht nur die Beseitigung der Bezeichnung zu verlangen, sondern

---

[1]) Das Gleiche gilt für § 1192 Abs. 2. Hier wird freilich die Ausnahme für das Inventarrecht nicht erwähnt. Sie erscheint aber unabweisbar.

[2]) Die Motive geben III S. 699 auch zu, daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache hier nicht in Betracht kommt.

auch jedem Gebrauche des vermeintlichen Begriffes entgegenzutreten. Insbesondere aber folgt aus dem Mangel jedes charakteristischen Merkmales der Einrede die Unmöglichkeit, irgend einen Fall als Einrede aufzufassen und zu behandeln, der nicht vom B. G. selbst ausdrücklich Einrede genannt ist. Das gilt namentlich von den erwähnten, in den Motiven aufgeführten Fällen.[1])

Es wird sich bei der Betrachtung der einzelnen Einredefälle zeigen, daß sich bei ihnen nicht nur die Bezeichnung Einrede leicht fortschaffen läßt, sondern daß die betreffenden Institute nach Inhalt und Fassung gewinnen, wenn man bei ihnen jeden Gedanken an den unhaltbaren Einredebegriff aufgibt.

Für die beiden wichtigsten Fälle: Verjährung und Rechtskraft, wird der Nachweis zweckmäßig für die Erörterung dieser Institute im Zusammenhange aufgeschoben. Die anderen einzelnen Arten der Einrede im engeren Sinne sollen hier, wenigstens kurz, berührt werden.

Von den sog. peremtorischen Einreden kommt nur die „Abzugseinrede" (das beneficium inventarii) in Betracht.

Das Inventarrecht wird,[2]) man mag es privatrechtlich gestalten wie man will, prozessualisch als Einrede erscheinen, damit ist aber, wie gezeigt wurde, über den privatrechtlichen Charakter des Institutes nicht entschieden. Denkbar wäre es, daß man dasselbe als einen Fall beschränkter Haftung einfach in der Weise regelte, daß die Forderung, soweit das beneficium inventarii in Frage kommt, in ihrer Richtung gegen die Person des Erben oder dessen Rechtsnachfolgers[3]) ohne Weiteres entsprechend herabgesetzt ist.

Bei der Normirung, welche das B. G. dem Institute gegeben hat, dürfte aber diese Auffassung ausgeschlossen sein. Das B. G. behandelt das Inventarrecht überall als eine selbständige der Forderung des Nachlaßgläubigers entgegenstehende Berechtigung, als ein Gegenrecht oder negatives Recht im Sinne Bekkers.

Auf eine Kritik dieser Normirung wird hier verzichtet. Nur das ist für den hier verfolgten Zweck zu betonen, daß in denjenigen, über das Inventarrecht handelnden, Vorschriften, welche dasselbe als „Abzugseinrede" bezeichnen,[4]) dieser Ausdruck sehr wohl in Wegfall gebracht bez. ersetzt werden kann.

---

[1]) Zu dem gleichen Ergebnisse kommt Hölder S. 148.

[2]) Ueber das Wort Bähr S. 561.

[3]) §§ 498, 500, 501 B. G. Dem Bürgen und Pfandschuldner kommt dasselbe nicht zu gute. §§ 671, 1084 Abs. 3, 1160 B. G.

[4]) §§ 2133, 2134, 2135, 2140, 2141, 2142, 2144, 2146. Ueber § 162 f. u. § 10 S. 130 ff.

Die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" bezieht sich auf die Abhängigkeit der Forderung von einer Gegenleistung.

Im römischen Rechte hat die Einseitigkeit der ursprünglich vorherrschenden Formalobligationen der dogmatischen Ausbildung dieses Verhältnisses sehr im Wege gestanden. Auch heute noch fehlt es an der klaren Bestimmung und einem wohl gefügten theoretischen Ausbau dieses Verhältnisses. Bekker[1]) hält zwei Auffassungen für möglich, nämlich einmal die Vorstellung, daß zugleich mit dem positiven Forderungsrechte mit normalem Thatbestande ein korrespondirendes negatives Recht entstanden sei, oder die Annahme, daß von dem negativen Rechte abgesehen und bezüglich des positiven Rechtes angenommen wird, daß nur der Thatbestand der Bindung, nicht der der Klagbarkeit bereits vollkommen sei. Er verweist für die letztere Annahme auf die Analogie von dies cedens und dies veniens. Wenn, wie es hier geschehen ist, die Klagbarkeit als Essentiale der Forderung aufgefaßt wird, so würde sich die zweite Alternative dahin modifiziren, daß bis zur Erfüllung seitens des Gläubigers nur ein Schuldverhältniß, nicht aber schon eine präsente vollkommene Forderung, als vorhanden angenommen wird.

Da bei der, dieser Lehre in dem B. G.[2]) gegebenen, Regelung sowohl der Ausdruck „Einrede" als auch sonst Alles vermieden ist, was zur Aufstellung dieses angeblichen Begriffes führen müßte, so kann die Sache auf sich beruhen bleiben. Ueber die einzige Gesetzesstelle, in welcher der Ausdruck „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" vorkommt, wird später zu handeln sein.[3])

Ein Zurückbehaltungsrecht gibt das B. G. zunächst allgemein wegen konnexer Forderungen.[4]) Dazu treten als besondere Fälle das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers[5]) und das des Finders,[6]) letzteres mit der Besonderheit, daß nach vorbehaltloser Herausgabe der Sache dem Finder keine Forderung verbleibt. In Folge einer unrichtigen Subsumtion wird auch das unter Umständen der Ehefrau gegebene Recht, einen Theil ihres Beitrages ad onera matrimonii ferenda direkt für sich und ihre Kinder (die natürlich mit gewohnter Pedanterie „Abkömmlinge" genannt werden) zu verwenden, eine Berechtigung zur Zurückbehaltung genannt.[7]) Im Uebrigen wird die retentio Gordiana und ein Zurück-

---

1) Pandekten I S. 90.
2) §§ 362 ff. B. G.
3) s. u. § 10 S. 130 ff.
4) §§ 233 bis 236.
5) §§ 938 bis 941.
6) §§ 915 ff.
7) § 1339.

behaltungsrecht der Erben gegenüber der Nachlaßkonkursmasse ausgeschlossen.[1])

Auch bei dem Zurückbehaltungsrechte kann es zweifelhaft sein, ob man richtiger von einem Gegenrechte oder von dem Fehlen einer präsenten vollkommenen Forderung auf der anderen Seite zu sprechen hat. In der Mitte dieser Auffassungen, aber doch mehr der letzteren zugeneigt, steht Kohler,[2]) welcher durch das Zurückbehaltungsrecht nicht den Anspruch, wohl aber dessen Reaktionsfähigkeit aufgehoben sein läßt.

Da auch hier nur der später zu erörternde § 162 beiläufig den Ausdruck „Einrede des Zurückbehaltungsrechtes" gebraucht, und im Uebrigen der Ausdruck Einrede im B. G. vermieden ist, so bedarf es weiterer Erörterungen nicht.

Es erübrigt dann nur noch das beneficium excussionis, bezüglich dessen nicht nur in § 162, sondern auch bei der Spezialregelung des Institutes[3]) der Ausdruck „Einrede der Vorausklage" gebraucht ist. Das B. G. gibt dem Bürgen im Allgemeinen das Recht, die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten so lange zu verweigern, bis die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner mit Erfolg versucht ist.[4]) Bei Erschwerung dieses Versuches durch Wechsel des Aufenthaltes des Hauptschuldners, bei der voraussichtlichen Erfolglosigkeit der Exekution, sowie bei ihrer zeitweisen rechtlichen Unmöglichkeit in Folge Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners fällt das Erforderniß nachträglich weg. Hat sich der Bürge von vornherein als Selbstschuldner verbürgt, so kommt dasselbe überhaupt nicht in Frage. Schon diese Darstellung, welche allerdings keine Gesetzesformulirung sein kann, zeigt, daß sich die Sätze des B. G. ohne den Gebrauch des Ausdruckes „Einrede" wiedergeben lassen. Damit würde sich zugleich ergeben, daß

---

[1]) §§ 1194, 2112.

[2]) a. a. O. S. 16.

[3]) §§ 674, 675.

[4]) Den erfolglosen Versuch der Zwangsvollstreckung nennt das B. G. nach dem Vorbilde Windscheids (Pandekten II § 478) „Ausklagung" daher ebenfalls nach Windscheid, „Einrede der Vorausklage". Offensichtlich ist dabei die zum Feststellungsverfahren, zum Rechtsstreite, gehörige Klage mit den außerhalb des Feststellungsverfahrens liegenden, einen vorangegangenen Rechtsstreit nicht nothwendig voraussetzenden, Vollstreckungsgesuchen und Vollstreckungshandlungen verwechselt. excutere heißt nicht ausklagen, sondern ausschütteln, entreißen, berauben. Mit dem Worte „Ausklagung" müßte auch die fiktive Fassung des § 674 Abs. 2 „ist als erfolgt anzusehen" fallen.

der Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht mit den, davon ganz verschiedenen, Fällen des Wegfalles des Erfordernisses der Exkussion bei der einfachen Bürgschaft in einen Paragraphen und unter einen Gesichtspunkt gebracht werden kann.

Kohler[1]) verwendet auch hier die Figur des reaktionslosen Anspruches. Die Haftung des Bürgen sei nicht ausgeschlossen, der Anspruch sei aber nicht reaktionsfähig, so lange nicht die Reaktion gegen den Hauptschuldner versucht sei. Wenn die bereits mehrfach ventilirte Frage, ob es für die juristische Sprachtechnik zu empfehlen ist, da wo Haftung ohne sofortige Möglichkeit der Rechtsverfolgung vorhanden ist, schon von einer bereits vorhandenen Forderung (Anspruch) zu sprechen, in suspenso bleibt, würde jene Auffassung sowohl dem römischen beneficium excussionis, als dem Standpunkte des B. G. gerecht werden.

Es dürfte sich aber fragen, ob man nicht das Institut inhaltlich umzugestalten hat.

Das römische Recht hat in der Zeit seiner Blüthe lediglich zwei nebeneinander stehende klare Gestaltungen[2]) der Bürgschaftshaftung gekannt, die streng selbstschuldnerische Bürgschaft, bei welcher der Bürge schlechthin so haftete, wie der Hauptschuldner, und die, heute fidejussio indemnitatis genannte, Haftung durch die Stipulation: quanto minus a Titio consequi possim, bei welcher a Maevio ante Titium excussum non recte petetur, so daß es zur Begründung der Inanspruchnahme des Bürgen und ihres Umfanges gehört, daß von dem Hauptschuldner nichts oder nicht mehr zu bekommen gewesen ist.[3]) Dieses klare Verhältniß hat sich auch noch im Rechte des corpus juris civilis erhalten, und wurde erst dadurch getrübt, daß Justinian in Nov. 4 auch für den ersten Fall das, hier als beneficium erscheinende, Erforderniß der excussio aufstellte. Durch die Möglichkeit des Verzichtes auf dieses beneficium blieb freilich die Möglichkeit der selbstschuldnerischen Bürgschaft bestehen. Sie bildete aber nunmehr nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme.

Das Letztere wird vielleicht unserem deutschen Rechtsbewußtsein mehr entsprechen, als die ältere römische Regel. Man würde es also dabei zu belassen haben, daß die Verbürgung als Selbstschuldner zum besonderen Ausdruck gebracht werden muß.

---

[1]) a. a. O. S. 16 ff.

[2]) Von der Formfrage ist hier natürlich nicht die Rede.

[3]) Vergl. fr. 116 D. de V. O. 45, 1, fr. 42 pr. D. de R. C. 12, 1, fr. 6 pr. D. de nov. 46, 2, fr. 21 D. de sol. 46, 3.

Im Uebrigen aber sollte das beneficium excussionis als eine durch nichts gerechtfertigte Verballhornisirung des römischen Rechts und der klaren Gestaltung der Bürgschaft überhaupt entfernt werden. Es steht, wenn daneben die selbstschuldnerische Bürgschaft möglich bleibt, nichts im Wege, schon zur Begründung der Haftung des bloßen Schadlosbürgen zu erfordern, daß vom Hauptschuldner Befriedigung nicht zu erlangen gewesen ist. Dann handelt es sich sogar nicht einmal mehr prozessualisch um eine Einrede, und es würde der Fall bei den Erörterungen über den materiellen Einredebegriff gänzlich ausscheiden.

Auf diese Art würde der Gebrauch der „Einrede" im materiellen Sinne bei allen einzelnen, vom B. G. unter die Kategorie gebrachten, Fällen zu vermeiden sein.

Eine nothwendige Konsequenz ist es, daß er auch da entfernt wird, wo er als allgemeine Bezeichnung für die Kategorie gebraucht wird. Der Beanstandung des Wortes tritt hier als der wichtigere Grund hinzu, daß ein faßbarer Begriff fehlt, und es deshalb in jedem einzelnen Falle ungewiß bleibt, welche Mängel oder Gegenrechte mit dem Worte gemeint sein sollen.

Für den erforderlichen Ersatz der Bezeichnung ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder beschränkt sich die Bestimmung in der That auf diejenigen Fälle, welche als Einreden im engeren Sinne festgestellt werden konnten, und dann erübrigt nur, diese Fälle kasuistisch zu bezeichnen. Oder aber es ist der Regel eine allgemeinere Bedeutung beizumessen, und demnach auch ein ganz allgemeiner Ausdruck, z. B. rechtlicher Mangel u. dergl., zu wählen.

Zu der Wahl eines allgemeineren Ausdruckes ist zunächst Veranlassung bei der Kompensation. § 281 Abs. 2 sagt: „Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden." Hier ist eine ganz allgemeine Fassung offenbar unschädlich, also etwa: „Stehen der sofortigen Geltendmachung der Forderung rechtliche Hindernisse entgegen, so kann dieselbe nicht zur Aufrechnung gebracht werden."

Auch bei den Bestimmungen, welche dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners mit Ausnahme der Abzugseinrede zusprechen, und ihn gegen einen nachträglichen Verzicht des Hauptschuldners bezüglich solcher Einreden schützen,[1]) kann ein allgemeinerer Ausdruck um so weniger schaden, als, wie auch die Motive zutreffend ausführen,[2]) für die Einreden im weiteren Sinne ganz dasselbe gilt.

---

1) §§ 671, 672 B. G.

2) II S. 662.

Dabei ist aber eine andere Frage wenigstens zu streifen. Die Motive[1]) sind der Ansicht, daß aus den Bestimmungen des B. G., welche die Anfechtung und Kompensation an eine von dem Verpflichteten abzugebende Erklärung knüpfen,[2]) ohne Weiteres folge, daß dem Bürgen die Möglichkeit fehle, Anfechtungsrechte und Kompensation aus der Person des Hauptschuldners geltend zu machen. Die Motive berufen sich dafür lediglich auf die juristische Konsequenz. Es wäre aber, da diese Konsequenz äußerst zweifelhaft ist, angezeigt, die Frage durch positive Bestimmung zu entscheiden, und dabei gegenüber den ausschließlich doktrinären Erwägungen der Motive zu prüfen, ob nicht die Billigkeit erfordert, dem Bürgen jene Abwehr nicht abzuschneiden, und ob nicht die jetzigen Bestimmungen Kollusionen von Gläubiger und Hauptschuldner zum Nachtheile des Bürgen möglich lassen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit den Einreden des Pfandschuldners aus der persönlichen Forderung. § 1084 Abs. 3 schreibt dem Hypothekenschuldner die Einreden des persönlichen Schuldners zu mit Ausnahme der Abzugseinrede, und schützt ihn gegen den nachträglichen Verzicht des persönlichen Gläubigers bezüglich solcher Einreden. Auch hier steht nichts im Wege, die Regel zu verallgemeinern. Aber auch hier ist eine ausdrückliche Bestimmung über den Einfluß von Anfechtung und Kompensation hinsichtlich der persönlichen Schuld nöthig.

In gleicher Weise wie § 1084 Abs. 3 ist auch der § 1160, welcher die analoge Anwendung auf das Mobiliarpfand macht, umzuändern.

§ 1093, welcher einen besonderen Weg für die Geltendmachung der gegen die persönliche Schuld gerichteten peremtorischen Einreden seitens des Hypothekenschuldners vorschreibt, ist, wie früher ausgeführt worden,[3]) inhaltlos und daher zu streichen.[4])

Anders liegt die Sache bei dem Einfluß der Einreden auf die condictio indebiti. Dort ist in § 737 Abs. 2 bestimmt: „Es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit überhaupt nicht bestanden hat oder wieder erloschen war oder ob dem Anspruche auf die Leistung eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen war.“ — Für die Verjährung besteht eine Spezialbestimmung (§ 182 Abs. 2), welche das Gegentheil verordnet. Der Fall der rechtskräftigen Abweisung muß, wie demnächst ausgeführt wird, aus der Kategorie jedenfalls ausscheiden. Es bleibt

---

1) II S. 663.

2) §§ 112, 113, 221, 282 B. G.

3) s. o. S. 110.

4) Ebenso § 1192 Abs. 2.

also nur der Fall des Inventarrechtes, den auch die Motive[1]) als einziges Beispiel aufführen. Wenn in Abs. 1 statt „nicht bestanden hat" gesagt wird „zur Zeit der Leistung nicht bestand", so kann Abs. 2 durch eine Spezialbestimmung über das Inventarrecht vollständig ersetzt werden.

Für die §§ 302, 316, welche bei Zession und Schuldübernahme Einreden, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers bez. Schuldners haben, nicht mit übergehen lassen, fehlt es, wie früher ausgeführt wurde,[2]) anscheinend an einem Bedürfniß. Jedenfalls würde auch hier eine Verallgemeinerung unschädlich sein.

III. Einzelne Institute des Grenzgebiets.

1. Verjährung.

§ 10.

Des Institutes der Verjährung ist schon im Laufe der bisherigen Erörterungen wiederholt Erwähnung geschehen.[3]) Namentlich mußte bei der Darlegung der Begriffe des Anspruches und der Einrede darauf Rücksicht genommen werden, daß das B. G. als Gegenstände der Verjährung in erster Linie „die Ansprüche" bezeichnet, und die Wirkung der Verjährung als „Einrede" auffaßt.

Nunmehr ist das Institut im Ganzen einer Betrachtung zu unterziehen. Der allgemeine Theil hat nur für die Verjährung im eigentlichen Sinne allgemeine Vorschriften gegeben, daneben finden sich aber im Entwurfe, viel zahlreicher als in anderen Kodifikationen, Ausschlußfristen, mit deren Ablauf Berechtigungen verloren gehen. Von der Verjährung ist diese Art des Verlustes von Rechten getrennt gehalten, namentlich das Wort „verjähren" vermieden.[4]) Die Verwandtschaft mit der Verjährung ist aber, trotz der im Einzelnen bestehenden juristischen Unterschiede, eine sehr nahe. Namentlich ist auch der Zweck des Institutes im wesentlichen derselbe wie der der Verjährung. Es empfiehlt sich deshalb, bei der Darlegung der Grundsätze über die Verjährung auch auf diese Fälle, welche eine allgemeine Regelung nicht gefunden haben,

---

1) II S. 832 A. 2.

2) s. o. S. 107.

3) S. o. § 3 S. 31, § 8 S. 83, 85, § 9 S. 106, 108, 110.

4) Mot. I S. 292.

einen Ausblick zu thun, um so mehr, als für manche derselben in einzelnen Beziehungen die Grundsätze der Verjährung Anwendung finden.[1])

Das B. G. hat geglaubt, die Gegenstände der Verjährung unter der einheitlichen Bezeichnung „Ansprüche" zusammenfassen zu können. Es hat deshalb nach dem Vorbilde Windscheids den ganzen über die Verjährung handelnden Abschnitt „Anspruchsverjährung" überschrieben. Diese Einheitlichkeit erweist sich aber bei näheren Betrachtungen als eine künstliche und rein äußerliche. Es ist zunächst auf die frühere Ausführung hinsichtlich des Rechtes auf Wandelung und Minderung und der analogen Rechte zu verweisen,[2]) welche verjähren, ohne daß es darauf ankommt, ob Forderungen bereits entstanden sind, und welche nur in dem Verjährungsparagraphen, entgegen dem sonstigen Sprachgebrauche des B. G., „Ansprüche" genannt werden. Hier hat das Gesetz offen anzuerkennen, daß der Gegenstand der Verjährung kein Anspruch ist.

Ferner ist daran zu erinnern, daß, wie ebenfalls bereits gezeigt wurde[3]), die sog. Ansprüche auf Unterlassung nicht unter den korrekten Anspruchs- oder Forderungsbegriff fallen, und daß die Regeln des B. G. über Anspruchsverjährung auf diesen Fall gar nicht passen. Diese Rechte auf Unterlassung treten also neben die Forderungen. Sie sind auch bei der weiteren Regelung der Verjährung besonders zu berücksichtigen, namentlich nach der Richtung, daß sie, wie das Recht der Wandelung und Minderung, im Ganzen oder, nach dem früher bekämpften Sprachgebrauche des B. G., dergestalt verjähren müssen, daß sie auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können.

Hinsichtlich des Eigenthumes und der dinglichen Rechte hat sich das B. G. auf den Standpunkt gestellt, daß zwar nicht diese Rechte, wohl aber die daraus hervorgehenden Ansprüche oder Forderungen der Verjährung unterliegen. Die Folge ist also z. B. bei dem Eigenthume, daß nachher ein dominium sine re bestehen bleibt. Der Eigenthümer ist zwar Eigenthümer, aber er besitzt die Sache nicht, und seine auf Herausgabe der Sache gehende Forderung besteht zwar, aber ihre Geltendmachung ist für alle Ewigkeit durch eine Einrede ausgeschlossen, so daß von einem Eigenthume eigentlich nur ironisch gesprochen werden kann. Die Rechtfertigung der Motive[4]) ist eine sehr gezwungene. Man bringt außer der Berufung auf die gemeinrechtliche Jurisprudenz, d. h. Windscheid, nur den Grund vor, daß sonst ein „Eingriff in die Ver-

1) Mot. I S. 347.
2) S. o. § 8 S. 85.
3) S. o § 8 S. 79 ff.
4) I S. 292.

jährungsgrundsätze“ nöthig wäre. Also auch hier ist es nicht die Rücksicht auf das Praktische und Billige, welche der Normirung zu Grunde liegt, sondern der leidige Doktrinarismus, welcher zunächst einem Lehrbuche eine Regel über den Gegenstand der Verjährung entnimmt, und dann, ohne Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit, alle einschlägigen Fälle in das vorher gefertigte Prokrustesbett zwingen will. Man hat sich einfach die Frage vorzulegen: Genügt es für die Eigenthumsverjährung nicht, daß das bisherige Eigenthum untergeht, wenn ein Anderer durch Ersitzung Eigenthum erlangt? Verneint man diese Frage, und glaubt man insbesondere nicht schon durch Erleichterung der Ersitzung Abhülfe schaffen zu können, so möge man das Eigenthum auch noch der erlöschenden Verjährung unterwerfen, aber dann, wie es das praktische Bedürfniß und die Rechtskonsequenz übereinstimmend verlangen, das Eigenthum im Ganzen, nicht blos die daraus hervorgehenden Forderungen.[1]) Man wird sich vielleicht eher dazu entschließen, wenn man erkannt hat, daß es auch andere Fälle der Verjährung gibt, in denen es sich nicht um Ansprüche handelt, daß der vorgebrachte doktrinäre Grund nicht blos ungenügend, sondern auch unrichtig ist.

Hiernach ist also dadurch, daß man in der Verjährungslehre statt Anspruch Forderung setzt, und diesen Begriff im B. G. überall korrekt durchführt, noch nicht geholfen. Man muß auf eine erschöpfende einheitliche Bestimmung des Gegenstandes der Verjährung überhaupt verzichten, und in § 154 den „Forderungen ohne Rücksicht auf den Grund der Verbindlichkeit“ „andere Berechtigungen“ hinzufügen. Man hat dann die Wahl, ob man diese hier schon im Einzelnen aufführen oder nur den allgemeinen Hinweis, „wenn dies im Einzelnen bestimmt ist“, aufnehmen will.

§ 154 Abs. 2 würde zu streichen, und im Familienrechte im Einzelnen zu prüfen sein, ob sich dort wirkliche Forderungen ergeben, bei denen die Verjährung ausgeschlossen werden muß.

Unter den Berechtigungen, welche statt der Verjährung dem Rechtsverluste in Folge Ablaufes der Ausschlußfrist ausgesetzt sind, finden sich zwei Fälle, in denen es sich unzweifelhaft um Forderungen (Ansprüche im Sinne des B. G.) handelt. Nach § 922 erlischt die Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen den Finder, wenn

[1]) Dementsprechend würde auch § 847, welcher die aus eingetragenen Rechten hervorgehenden „Ansprüche“ der Verjährung entzieht, auf diese Rechte selbst abzustellen sein. — Vielleicht könnte die Bestimmung in den Verjährungsabschnitt gezogen werden.

sie nicht binnen drei Jahren seit dem Erwerbe des Eigenthumes der Sache rechtshängig geworden ist. Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber erlöschen mit 30 Jahren und, soweit es sich um Kupons und Dividendenscheine handelt, mit 4 Jahren seit der Fälligkeit (§ 691). Der Grund, aus dem man diese Fälle nicht oder nicht ausschließlich der „Anspruchsverjährung" unterstellt hat, liegt nach den Motiven für den ersten Fall lediglich darin, daß man jeder ferneren Ungewißheit ein Ende machen wollte.[1]) Bei den Inhaberpapieren hat man von der gewöhnlichen Verjährung deshalb abgesehen, weil die Grundsätze über Hemmung und Unterbrechung nicht passen, und weil theoretische Zweifel darüber entstanden, ob der Anspruch jedes Inhabers ein neuer sei, und wie es zu beurtheilen sei, wenn der Aussteller selbst zeitweilig Inhaber des Papieres gewesen sei.

Als Ausschlußfrist für eine Forderung ist nach dem früher Ausgeführten[2]) auch die Bestimmung des § 824 B. G.[3]) hinsichtlich der verbotenen Eigenmacht gegen den Besitzer anzusehen, wenn man sie der direkten Beziehung auf prozessualische Handlungen entkleidet.

Andere Fälle der Befristung betreffen das Recht auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft, welches erlischt, wenn es nicht vor dem in § 1430 bestimmten dies incertus quando rechtshängig geworden ist, sowie das Recht zum Widerruf von Schenkungen geschiedener Ehegatten. Letzteres erlischt nach § 1453 mit Ablauf eines Jahres seit der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles.

Ferner sind die Befugniß, Scheidung oder Trennung einer Ehe zu verlangen, sowie das Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft an eine Frist gebunden. Das beneficium inventarii geht durch Versäumung der Inventarfrist verloren.[4]) Privilegirte Testamente verlieren durch Fristablauf ihre Kraft, wenn der Erblasser noch lebt und kein ordentliches Testament errichtet hat. Die meisten Fälle der Präklusivfrist betreffen aber Anfechtungsrechte, namentlich die Anfechtung von Rechtsgeschäften, insbesondere von letztwilligen Verfügungen, Annahme und Ausschlagung von Erbschaften, ferner die Anfechtung einer Ehe, der Ehelichkeit der Kinder und der Anerkennung derselben, sowie die Anfechtung eines Erbschaftsanfalles wegen Erbunwürdigkeit.[5])

---

[1]) Mot. III S. 386.

[2]) S. o. § 5 S. 43.

[3]) Nach § 979 auch für Störungen in Bezug auf Grundgerechtigkeiten anwendbar.

[4]) §§ 1447, 2030, 2097, 1926, 1928, 1930, 1931 Abs. 2 B. G.

[5]) §§ 104, 1785, 1948, 2040, 2041, 1264, 1473, 1478, 2046.

In dem Theilentwurfe des Redaktors[1]) hatte die Bestimmung über die Wirkung der Verjährung folgende Fassung: „Die vollendete Verjährung hebt den Anspruch, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, vollständig auf. Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtswegen berücksichtigen.“[2])

In den Motiven zum Theilentwurfe heißt es: „Der Zweck der Verjährung wird nur erreicht, der Rechtsfriede nur gewahrt, wenn dem verjährten Anspruche jegliche rechtliche Bedeutung versagt, der thatsächliche Zustand in einen rechtlichen umgewandelt wird.“ Es wird auch darauf hingewiesen, daß fast sämmtliche neueren Gesetze über kurze Verjährung das Erlöschen der Forderung in Folge der Verjährung statuiren. Bezüglich des Schlußsatzes wird ganz richtig bemerkt, daß derselbe keineswegs eine bloße Konsequenz der Verhandlungsmaxime sei,[3]) sondern das Erforderniß aufstelle, daß der Eintritt der Verjährung bei der Entscheidung nur Berücksichtigung finden dürfe, wenn der Verpflichtete sich ausdrücklich auf denselben berufe. Es liege kein Grund vor, dem Verpflichteten den gebotenen Schutz aufzudrängen. Das öffentliche Interesse sei genügend gewahrt, wenn der Einzelne sich jeder Zeit auf die Verjährung berufen könne.

Der Theilentwurf hatte den ihm zu Grunde liegenden Gedanken, soweit der Schlußsatz in Betracht kommt, nicht ganz zutreffend ausgedrückt. Aber der Kommissionsentwurf hat auch hier Inhalt und Ausdruck noch doktrinärer, unpraktischer und unklarer zu gestalten gewußt. Er bestimmt: „Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird“ (§ 182 Abs. 1).

Auf diese Art kommt die Verjährung niemals zu Ende. Zweierlei ist möglich. Der Gläubiger klagt die verjährte Forderung ein, obwohl er seine Abweisung voraussieht, welche denn auch unter Verurtheilung desselben in die Kosten erfolgt. Hat er nun wenigstens die Genugthuung, keine Forderung mehr zu haben? Keineswegs! Der Forderung steht jetzt statt

[1]) Wo die Benutzung der großen Materialien für die Sache förderlich scheint, lasse ich mich durch die von Vierhaus, Entstehungsgeschichte des Entwurfes S. 72 Anm. 4, geltend gemachten Bedenken von der Berücksichtigung derselben nicht abhalten, um so weniger, als dieselben jetzt in öffentlichen Bibliotheken zur Verfügung stehen. — Ueberhaupt theile ich die dort niedergelegten Anschauungen nicht, und halte die dort gebrauchten Bezeichnungen unrecht, bedauerlich, ungehörig, indiskret für unzutreffend.

[2]) Vergl. Art. 2223 code civil.

[3]) S. o. § 9 S. 99 A. 3.

der Einrede der Verjährung oder neben derselben die Einrede der Rechtskraft entgegen, welche zwar ebenfalls die Geltendmachung der Forderung dauernd ausschließt, aber die Forderung doch fortbestehen läßt. Oder aber der Gläubiger klagt nicht, dann bleibt die Forderung, mit der Einrede der Verjährung behaftet, bis in alle Ewigkeit bestehen. Das Fortbestehen der Forderung ist nun freilich regelmäßig ohne die geringste praktische Wirkung. Aber weshalb statuirt dann die gesetzlich fixirte Theorie das Fortbestehen? Ganz ausgeschlossen ist übrigens die praktische Wirkung nicht. Jeder condictio indebiti kann, wenn nicht bei der Zahlung erklärt war, welche Schuld getilgt werden sollte (§ 267), der Einwand entgegengestellt werden, daß die Zahlung auf eine verjährte Schuld geleistet sei (§ 182 Abs. 2), und dadurch noch nach 1000 Jahren eine Schuld in den Bereich der prozessualischen Erörterungen gezogen werden, ohne daß diesem Beginnen mit dem Einwande der Verjährung begegnet werden könnte. Das widerspricht direkt dem Zwecke des Institutes.

Für die theoretische Anknüpfung der Verjährung an den ganz unhaltbaren Begriff der Einrede im engeren Sinne wird wohl der geschichtliche Zusammenhang mit der römischen exceptio bez. praescriptio temporis geltend gemacht.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß in der klassischen Zeit für die Berücksichtigung der Verjährung die Einschaltung einer exceptio in der Regel gar nicht nothwendig war. Die actio war von vornherein nur für eine bestimmte Zeit verheißen (z. B. fr. 1 pr. quae in fraudem cred. 42, 8: intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo). Hier ist es gewiß, daß der Prätor nach Ablauf der Zeit zur denegatio actionis schritt, oder der iudex die absolutio aussprach, auch wenn der Beklagte die Verjährung nicht vorschützte.

In einzelnen Fällen[1]) ist freilich schon früh von einer praescriptio quinque annorum, quae statum defunctorum tuetur, und der viginti annorum praescriptio in fisci quaestionibus die Rede, und ist damit für diese Fälle die Nothwendigkeit der Aufnahme der praescriptio in die Formel vielleicht bewiesen.[2]) Daß aber der Prätor in

---

[1]) fr. 2 § 2 D. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur, fr. 13 p. D. de div. tempor. praescr. 44, 3

[2]) Die in der Konstitution der Kaiser Diokletian und Maximian vom Jahre 290 n. Chr. (c. 5 C. de iniuriis 9, 35) enthaltene Wendung: cum iniuriarium actio annuo tempore praescripta sit, auf welche Fitting aufmerksam gemacht hat, zeigt freilich, daß zu jener Zeit das intra annum dari (Gaj. 4, 110) und das annuo tempore praescriptum esse als ganz gleichbedeutend betrachtet werden.

diesen Fällen nicht zur denegatio actionis habe schreiten dürfen, scheint nicht ausgemacht. So heißt es bezüglich der ersten praescriptio in fr. 4 D. l. c.: Primus omnium divus Nerva edicto vetuit, post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeri. Es ist nicht abzusehen, weshalb der Prätor dem kaiserlichen Verbote nicht durch denegatio actionis die Wirkung im konkreten Falle habe geben können, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen desselben schon in iure klar zu Tage lagen. Daß der Prätor dem iudex gegenüber die Beachtung durch praescriptio sicherte, steht dem nicht entgegen. Und wenn auch, wie Bekker[1]) mit Recht betont, bei dem nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur[2]) die bekannte Ungenauigkeit allgemeiner Aussprüche der römischen Juristen nicht außer Acht gelassen werden darf, so scheint dennoch die Entstehung eines solchen Sprichwortes mit der Unzulässigkeit der denegatio actionis wegen begründeter exceptio unvereinbar.

Die Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius[3]) hat dann im Jahre 424 n. Chr. für die actiones perpetuae im Allgemeinen die praescriptio triginta annorum eingeführt. Die Anschauung aber, als ob die Verjährung nicht schon durch den Ablauf der Verjährungszeit, sondern erst durch die Ertheilung der praescriptio oder exceptio bez. die auf Grund derselben erzielte absolutio privatrechtlich wirksam würde, liegt auch dieser Konstitution gänzlich fern. Wendungen wie actiones triginta annorum iugi silentio vivendi ulterius non habeant facultatem — actiones annis triginta continuis extinguantur — post hanc temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus schließen diese unbedingt aus, und zeigen, daß der Standpunkt auch des späteren römischen Rechtes ein ganz anderer ist, als der des B. G.

Es handelt sich bei der Verjährungswirkung als gesetzgeberischem Problem, wie bei allen anderen gesetzgeberischen Aufgaben, zunächst um die Frage: Was will man inhaltlich festsetzen, und dann um die zweite: Wie ist das Gewollte zutreffend zu normiren?

Die den Inhalt betreffende Schwierigkeit liegt in der, bei der Verjährung an den Tag tretenden, Kollision zwischen dem öffentlichen Interesse an dem Institute im Allgemeinen und der Verletzung unseres Gerechtigkeitsgefühles im konkreten Falle. Der Verjährung liegt der Gedanke zu Grunde, im öffentlichen Interesse mit Berechtigungen auf Grund ver-

---

[1]) Pandekten I S. 92. — Vgl. oben § 9 S. 96.

[2]) fr. 112 D. de R. J. 50, 17.

[3]) c. 3 C. de praescr. 7, 39.

alteter Thatbestände aufzuräumen, bezw. es zu hindern, daß eine Erörterung vermeintlicher Rechte auf veralteter Grundlage nothwendig wird. In Konsequenz dieses Gedankens würde man die Verjährung ganz unabhängig von der Parteidisposition zu stellen haben, und zwar müßte man, wenn man ganz konsequent sein wollte, auch die direkte und indirekte prozessualische Disposition der Parteien ausschließen.

In diesem Sinne hat auch § 185 B. G. Erschwerungen der Verjährung durch Parteidisposition untersagt.[1])

Im Gegensatze dazu halten wir es für sittlich verwerflich, wenn Jemand sich wissentlich seinen Verbindlichkeiten durch Vorschützen der Verjährung zu entziehen sucht. Deshalb legte das kanonische Recht auf die bona fides bei der Verjährung ein entscheidendes Gewicht.[2]) Durch diesen Gedanken ist auch das preußische Landrecht zu einschränkenden, aber praktisch recht verfehlten, Bestimmungen über die Verjährungswirkung gekommen.[3]) Dieser Gedanke bildet auch den inneren Grund für die, auch im gemeinen Rechte herrschende, Uebung, den Verjährungsthatbestand nur dann in Betracht zu ziehen, wenn Beklagter erklärt, von dem Verjährungsrechte Gebrauch machen zu wollen.

Es ist Aufgabe der Gesetzgebung, zu diesem Gedanken Stellung zu nehmen. Ich würde es für richtiger halten, demselben die rechtliche Anerkennung zu versagen. Denn jede, auch nur halbe, gesetzliche Berücksichtigung desselben beeinträchtigt die im öffentlichen Interesse liegenden Verjährungszwecke. Es werden Prozesse mit veralteten Thatbeständen nicht abgeschnitten. Dabei ist es aber nicht ausgeschlossen, das (aus sittlichen Rücksichten) auf die verjährte Schuld Gezahlte auch rechtlich nicht als Schenkung aufzufassen, und die Rückforderung desselben auszuschließen. Die Annahme des Fortbestehens einer Forderung ist zu

---

[1]) Ausnahmen in den §§ 397, 571, 691. Dagegen läßt das B. G. vertragsmäßige Erleichterungen zu. Vorzuziehen wäre m. E. die ganz allgemeine Fassung: „Voraussetzungen und Wirkung der Verjährung können durch Rechtsgeschäft nicht abgeändert werden.“ Abgesehen davon, daß Verträge über Kürzung kaum vorkommen werden, ist die Zulassung solcher Kürzungen durch das öffentliche Interesse nicht geboten. Es erscheint würdiger, das Institut im Ganzen der Parteidisposition zu entziehen. Andere Gründe gegen § 185 Abs. 2 bei Hölder S. 151.

[2]) cap. 20 X. de praescr. 2, 26. Innocentius III. in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio etc.

[3]) §§ 568, 569 I, 9 A. L. R., pr. P. S. 138.

diesem Zwecke nicht nothwendig.[1]) Es darf mit Fug darauf hingewiesen werden, daß bei allen denjenigen Forderungen und anderen Berechtigungen, welche das B. G. unter Ausschlußfristen gestellt hat, die Wirkung des Zeitablaufes in dem Erlöschen der Berechtigung besteht, ohne daß es auf das Verhalten des anderen Theiles irgendwie ankäme. Der bei der Bereicherungsforderung gegen den Finder für die Festsetzung einer Ausschlußfrist mit Rechtsverlust geltend gemachte Grund, daß jeder ferneren Ungewißheit ein Ende gemacht werden solle, trifft nicht blos in diesem speziellen Falle, sondern ebensowohl bei Forderungen anderer Art zu. Er kann geradezu als das der Verjährung überhaupt zu Grunde liegende Motiv bezeichnet werden.

Von diesem Standpunkte aus würde die Regelung des ersten Entwurfes unter Streichung des Schlußsatzes zu akzeptiren sein.

Hält man es dagegen für richtig, jenem Gedanken einen Einfluß auf die Gesetzgebung einzuräumen, so muß man die Regelung des B. G., welches die Verjährungswirkung schlechthin in das Belieben des Schuldners stellt, als eine Halbheit bezeichnen. Es wird dadurch allerdings dem Schuldner das gehässige onus aufgebürdet, die Verjährung ausdrücklich vorzuschützen, und dadurch wird Mancher abgehalten, sich der Verjährung zu bedienen. Aber der böswillige und mit der nöthigen Dreistigkeit versehene Schuldner wird dadurch nicht getroffen. Es würde sich deshalb fragen, ob man nicht die Wirkung der Verjährung auf eine bloße Präsumtion der Befriedigung beschränken könnte, welche durch den Beweis der Nichtbefriedigung für sich allein oder in Verbindung mit dem Nachweis der mala fides entkräftet werden könnte. Eine größere Beeinträchtigung des Verjährungszweckes würde dadurch auch kaum herbeigeführt.[2])

Will man aber inhaltlich auf dem Standpunkte des B. G. verbleiben, so empfiehlt sich eine Fassung, welche den unklaren Begriff der materiellen Einrede vermeidet, also wenn man sich inhaltlich ganz genau anschließen will: „Die Forderung ist als mit der Vollendung der Verjährung erloschen anzusehen, wenn auf die im Rechtsstreite abgegebene Erklärung des Schuldners, daß er von dem Verjährungsrechte Gebrauch mache, die Forderung rechtskräftig abgewiesen wird.“

Einfacher und im Wesentlichen auf dasselbe hinauskommend wäre die Fassung: „Die nach Vollendung der Verjährung dem Gläubiger gegenüber abgegebene Erklärung des Schuldners, daß er von dem Ver-

[1]) Vergl. Hölder S. 150.

[2]) Auch der Ausschluß von Verträgen über Verjährung wäre dann kaum gerechtfertigt.

jährungsrechte Gebrauch mache, bewirkt, daß die Forderung als mit dem Zeitpunkte der Vollendung der Verjährung erloschen anzusehen ist."[1])

§ 182 Abs. 2 wäre wohl passender zu § 737 B. G. zu setzen. — Die jetzige Fassung des B. G. soll nach den Motiven die Aufrechnung mit verjährten Forderungen auch dann ausschließen, wenn zur Zeit des Eintrittes der Kompensationsmöglichkeit die Verjährung noch nicht vollendet war.[2]) Die Gründe sind wiederum wesentlich doktrinärer Natur. Der Gerechtigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse dürfte der Ausschluß kaum entsprechen.[3]) Will man gleichwohl daran festhalten, so wäre die Regel an Stelle des zu beseitigenden § 281 Abs. 2 bestimmt zum Ausdrucke zu bringen.

Daß die Unabhängigkeit der Verjährung des Pfandrechtes von der Verjährung der persönlichen Forderung deutlicher als dies im § 183 geschehen ist, zum Ausdrucke zu bringen wäre, ist bereits dargelegt.[4])

Hiermit ist aber nur die Wirkung der Verjährung von Forderungen oder Ansprüchen normirt. Wie ist es mit der Wirkung der Verjährung bei anderen Rechten, bei dem Rechte der Wandelung und Minderung, bei den Rechten auf Unterlassung? Hier scheint es mir noch dringender nothwendig als bei den Forderungen, daß schlechthin bestimmt wird: Diese Rechte erlöschen mit der Vollendung der Verjährung. Will man das aber nicht, sondern auch hier den Standpunkt des B. G. wahren, so wäre in den betreffenden Vorschriften hinter „Forderung" der Zusatz „oder andere Rechte" zu machen. In beiden Fällen wäre eine größere Eleganz erreicht, als sie die jetzige Normirung aufweist. Namentlich käme auch die Bestimmung über die Verjährung der einredeweisen Geltendmachung[5]) in Wegfall.

§ 184 Abs. 2 verordnet: „Bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen ist mit der Verjährung des Anspruches im Ganzen auch der Anspruch auf die bis dahin verfallenen Leistungen verjährt". Die Vorschrift steht im Zusammenhange mit § 160: „Hängen wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht ab, so beginnt die Verjährung des Anspruches im Ganzen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Verjährung des Anspruches auf eine Leistung begonnen hat."

Man will offenbar bestimmen, daß bei einem Rechte auf wiederkehrende Leistungen, welche nicht als Nebenforderungen sich charakterisiren,

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder, S. 148 bis 150. A. M. Hartmann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 73 S. 347.

[2]) Vergl. den § 281 Abs. 2 B. G. (s. o. § 9 S. 108) und Mot. I S. 315, 343, II S. 106.

[3]) Uebereinstimmend Hölder, S. 146, Hartmann a. a. O. S. 348.

[4]) S. o. § 8 S. 94 A. 1.

[5]) S. o. § 8 S. 86.

die Verjährung der Forderung auf eine Leistung den Verlust des Rechtes im Ganzen nach sich ziehen soll. Durch das Kleben an der Bezeichnung Anspruch und die damit in Verbindung stehenden, in den Motiven mitgetheilten, doktrinären Erwägungen hat man die Fassung unnöthig komplizirt.

§ 160 kann, ohne daß inhaltlich etwas geändert wird, ganz gestrichen werden, und § 184 Abs. 2 würde dann lauten: „Hängen wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht ab, so ist mit der Verjährung einer Leistung auch das Recht auf die wiederkehrenden Leistungen im Ganzen erloschen". Richtiger dürfte es aber wohl sein, die Bestimmung ganz zu streichen, da es an einem genügenden Grunde für diese Erweiterung der Verjährungswirkung fehlt.[1])

Auch in § 184 Abs. 1 würde statt Hauptanspruch besser Hauptrecht und nicht Hauptforderung gesagt, da das Hauptrecht sehr wohl ein solches sein kann, welches sich nicht als Anspruch oder Forderung charakterisirt.

Bei der Bestimmung der Dauer der Verjährungszeit ist die denkbar bunteste Mannigfaltigkeit erreicht. Es gibt Fristen von 2 Wochen,[2]) 1 Monat,[3]) 6 Wochen, 6 Monaten, 1 Jahre, 2, 3, 4, 5 und 30 Jahren.[4]) Jedenfalls wird Niemand auf den Gedanken kommen, die Verjährungszeiten seinem Gedächtnisse einzuprägen. Warum bei Schadensersatz gerade 3 Jahre nöthig sind und nicht auch 4 Jahre angehen, und warum umgekehrt Forderungen wegen Baufehler statt mit der Verjährungszeit von 5 Jahren nicht ebenfalls mit einer solchen von 4 Jahren auskommen können, ist mir nicht klar geworden.

Was den Beginn der Verjährung anbetrifft, so ist, wie schon bemerkt wurde,[5]) die Rechtsverletzungstheorie von dem B. G. glücklich überwunden.[6]) Sie konnte deshalb den unheilvollen Einfluß, den sie im Allgemeinen auf die Verjährungslehre geübt hat, hier nicht äußern.

Die Normirung des B. G. über den Beginn der Verjährung ist in den diese Materie zunächst behandelnden §§ 158 bis 160 nicht erschöpfend gegeben. Es treten die Bestimmungen über Hemmung der

---

[1]) In allem Wesentlichen übereinstimmend Hölder, S. 143 und S. 150. Vergl. Gierke, S. 1261.

[2]) Gegen diese Frist Bähr S. 370.

[3]) Warum nicht statt dieser unbestimmten Zeit (28—31 Tage) die bestimmte von 4 Wochen?

[4]) Vergl. §§ 407, 732, 411, 397, 1230, 156, 1578, 719, 1952, 1993, 157, 571 B. G.

[5]) S. o. § 8 S. 76.

[6]) Mot. I S. 307.

Verjährung (§§ 162 bis 168) hinzu, da nach § 161[1]) die Hemmung zugleich die Bedeutung hat, daß während derselben eine Verjährung auch nicht beginnen kann. Die Regelung würde an Durchsichtigkeit gewinnen, wenn die Normen über Hemmung zunächst nur auf den Beginn abgestellt würden. Es wäre dann statt § 161 etwa zu bestimmen: „Ein Zeitraum, während dessen ein Umstand besteht, welcher den Beginn der Verjährung hindern würde, ist in die Verjährungsfrist nicht einzurechnen."

Es lag nahe, für den Beginn der Verjährung von Forderungen mit der römischen potestas experiundi grundsätzlich von dem Zeitpunkte auszugehen, in dem die Möglichkeit sofortiger Rechtsverfolgung und als deren nothwendige Voraussetzung Fälligkeit der Forderung vorliegt. Die nähere Bestimmung der Fälligkeit, „Zeitpunkt, an welchem die Befriedigung rechtlich verlangt werden kann" (§ 158 Abs. 1), erscheint, namentlich an diesem Orte und in dieser Form, wohl entbehrlich. Nicht minder wird es der Bemerkung in Abs. 2, nach welcher Bedingung und Befristung den Beginn (letztere eventuell auch den Fortgang) der Verjährung hindern, kaum bedürfen.[2]) Daher könnte auch § 159 einfacher lauten: „In den in den §§ 156, 157 bezeichneten Fällen beginnt die Verjährung erst mit dem auf die Fälligkeit folgenden Jahresschluß."

Ueberflüssig und irreführend ist auch der § 163. Die Forderung des Pfandeigenthümers auf Rückgewähr des Pfandes entsteht erst mit dem Untergange des Pfandrechtes. Warum ist da zu bestimmen, daß der Bestand des Pfandrechtes die Verjährung hemme[3])? Das hätte nur Sinn, wenn es sich um eine Verjährung des Eigenthumes und nicht der bloßen Rückgabeforderung handelte.

Es fragt sich nun aber vor Allem, ob der angenommene Zeitpunkt der grundsätzlich richtige ist, und ob die Regel ausnahmslos durchgeführt werden darf.

Gegen das Erforderniß der „Klagbarkeit" hat sich namentlich Kohler[4]) entschieden ausgesprochen. Bei Aufstellung dieses Erfordernisses verkenne man das Verjährungsinstitut, welches die Ansprüche nach Ablauf einer bestimmten Zeit in seinem Schoße begraben wolle ohne Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse, nicht wegen einer Lässigkeit des Gläubigers, sondern nach dem Prinzipe, daß alle Spannungen,

[1]) der übrigens sehr wohl entbehrlich wäre. Goldschmidt, S. 79.

[2]) Uebereinstimmend Hölder S. 142.

[3]) Uebereinstimmend Hölder S. 147, Meischeider, die alten Streitfragen S. 67 und Goldschmidt S. 122.

[4]) a. a. O. S. 18.

welche geraume Zeit ihre Lösung nicht gefunden haben, nicht mehr fähig seien, die Zeit zu überdauern, und darum neuen Lebensbeziehungen Raum geben müßten.

Das Gewicht des Einwandes ist nicht zu verkennen. Am besten würde man demselben gerecht, wenn man die Verjährung von vornherein nicht auf die Forderung, sondern auf das berechtigende Verhältniß im Ganzen bezöge. Will und kann man das aber aus anderen Rücksichten nicht, so wird man den Gedanken nur in der Weise verwirklichen können, daß man von dem Erforderniß der Fälligkeit und Klagbarkeit Ausnahmen macht. Als grundsätzlichen Ausgangspunkt wird man die Fälligkeit bei einer Forderungsverjährung nicht wohl entbehren können.

In diesem Sinne hat das B. G. in § 158 Abs. 3 und 4 und in § 162 Abs. 2 und 3 Ausnahmen aufgestellt, deren Inhalt meistens zu billigen ist, während die Form freilich weniger doktrinär sein könnte.

Statt § 158 Abs. 3 und 4 könnte weit einfacher gesagt werden: „Doch wird durch den Umstand, daß die Fälligkeit von einer Kündigung oder einer anderen Willenserklärung des Berechtigten abhängt, der Beginn der Verjährung nicht hinausgeschoben. Die Verjährungsfrist wird aber um die Kündigungsfrist verlängert." So wäre es namentlich erreicht, daß das „bloße Wollen"[1]) aus dem Gesetzbuche entfernt und seiner Heimath, dem Katheder, zurückgestellt würde.

Als Ausnahme von dem Erfordernisse der Fälligkeit und Klagbarkeit würde es vielleicht auch aufgefaßt werden können, daß die Abhängigkeit von einer Gegenleistung, das Entgegenstehen eines Zurückbehaltungsrechtes, das Erforderniß der zuvorigen Inanspruchnahme des Hauptschuldners, endlich der durch das beneficium inventarii gewährte Forderungsnachlaß, ferner Anfechtbarkeit und Kompensabilität dem Beginne der Verjährung nicht entgegenstehen, obwohl das im Einzelnen zweifelhaft und von der Gestaltung, welche diese Einrichtungen in dem B. G. erhalten, abhängig sein mag. Jedenfalls erscheint die Bestimmung, daß die vorerwähnten Umstände den Beginn der Verjährung nicht hindern, mit Ausnahme des bereits erwähnten Falles der Kompensation,[2]) inhaltlich gerechtfertigt, und es ist auch nothwendig, daß dieselbe zum besonderen Ausdrucke gebracht wird. Die in § 162 Abs. 2 gebrauchte Bezeichnung „Einrede" ist natürlich zu beseitigen. Auch wird es sich empfehlen, die entsprechend umgestalteten Bestimmungen des § 162 Abs. 2 und 3 dem § 158 als Abs. 3 hinzuzufügen.

---

[1]) Windscheid, Pandekten I § 107, sagt der „nackte Wille".

[2]) S. o. S. 126.

Dem § 162 Abs. 1[1]) ist bereits, soweit er den Ausschluß der Rechtsverfolgung durch künftige besondere Sistirungsgesetze betrifft, mit Recht entgegengehalten, daß man es diesen Gesetzen füglich überlassen könne, auch die Wirkung der von ihnen anzuordnenden Sistirung vorzuschreiben. Im Uebrigen bleibt dann für die Vorschrift der Inhalt: „Die Verjährung wird durch jedes rechtliche Hinderniß gehemmt, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruches die Rechtsverfolgung nicht gestattet", oder einfacher ausgedrückt: „Die Verjährung ist gehemmt, so lange die Beschaffenheit der Forderung die Rechtsverfolgung nicht gestattet".

Die Motive (I S. 313) sagen, der Schwerpunkt der Vorschrift liege auf dem Gebiete der Einreden im engeren Sinne, vornehmlich der verzögernden Einreden. Nun sind aber, wie früher ausgeführt wurde,[2]) sämmtliche in dem B. G. vorkommenden peremtorischen[3]) und verzögernden Einreden im engeren Sinne durch § 162 Abs. 2 wieder ausgenommen, so daß in dieser Beziehung für die Vorschrift kein Anwendungsgebiet bleibt. Die beiden Beispiele, welche die Motive gewählt haben, Stundungseinrede und Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche, sind, wie ebenfalls bereits dargelegt wurde,[4]) zu den Einreden im Sinne des B. G. nicht zu rechnen. Es fehlt in beiden Fällen an einer präsenten Forderung. Für den Fall der Miethe wird auch ohne den § 162 Abs. 1 Niemand auf den Gedanken kommen, die Rückgabeforderung des Eigenthümers vor dem Ablauf des Miethsrechtes der Verjährung auszusetzen.

Für die Stundung ist allerdings die Spezialvorschrift: „Stundung hemmt die Verjährung" wünschenswerth. Denn einerseits ist die Ansicht, daß die Stundung das Dasein der Forderung aufhebt, keineswegs anerkannt. Andererseits würde die Konsequenz dieser Ansicht zu der, in diesem Falle vielleicht unzweckmäßigen, Unterbrechung der Verjährung führen.

Dann ist aber § 162 Abs. 1 mit seiner doktrinären, auf unklare Grundbegriffe gebauten, Fassung ganz entbehrlich, oder doch dadurch zu ersetzen, daß in § 158 Abs. 1 neben der Fälligkeit die Möglichkeit der sofortigen Rechtsverfolgung genannt wird.

Bezüglich der in § 165 angeordneten Hemmung der Verjährung wegen Hinderung der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt bemerken

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Meischeider, a. a. O. S. 63—67.

[2]) S. o. § 9 S. 108.

[3]) Die Einreden der Verjährung und der rechtskräftigen Abweisung kommen schon an sich nicht in Betracht.

[4]) S. o. § 9 S. 105, 106.

die Motive:[1]) „Wissenschaft nnd Praxis verbinden mit dem Ausdrucke einen bestimmten, der Verdeutlichung durch Gesetz sich entziehenden Sinn". Auch wenn man diesen Satz nicht unterschreiben kann, wird man mit dem Gebrauche des Ausdruckes in der Gesetzessprache einverstanden sein können.

In § 166 Abs. 1 wird man die „juristische Person", gegen welche die Verjährung beginnt und läuft, gern entbehren.[2])

Für gewisse Arten von Forderungen ist ein besonderer Beginn normirt: In einzelnen dieser Fälle richtet sich der Beginn nach objektiven Momenten. So beginnt die Verjährung der Beschädigung durch Ausguß und Auswurf aus einem Gebäude mit dem Zeitpunkte der Beschädigung (§ 732), die Verjährung der Forderungen aus Aufhebung eines Verlöbnisses mit der Aufhebung (§ 1230), die Verjährung der Forderungen der Geschwängerten aus der außerehelichen Schwängerung mit Ablauf von 6 Wochen nach der Geburt des Kindes (§ 1578),[3]) endlich die Verjährung der Forderung auf Herausgabe der Bereicherung, welche der Vertragserbe gegen einen vom Erblasser Beschenkten hat, mit dem Anfall der Erbschaft (§ 1952).

In zwei anderen Fällen, dem Schadensersatze für unerlaubte Handlungen (§ 719) und der Pflichttheilsforderung (§ 1999), muß das subjektive Moment der Kenntniß des Berechtigten hinzukommen.

Für die Fälle, in denen der Gegenstand der Verjährung etwas Anderes ist als eine Forderung (Anspruch), paßt die gegebene allgemeine Regelung über Beginn und Hemmung nicht, oder doch nicht ohne Weiteres. Für einzelne dieser Fälle, nämlich für das Recht der Wandelung und Minderung und die damit verwandten Rechte, ist der Beginn besonders normirt.[4]) Dagegen fehlt es an einer Bestimmung bezüglich der Rechte auf Unterlassung, für welche, wie früher ausgeführt wurde[5]) die Normen über den Beginn bei der Forderungsverjährung durchaus nicht passen.

---

[1]) I S. 317 a. E.

[2]) Zu den Spezialvorschriften über Hemmung gehören auch noch §§ 694, 1999 Abs. 3.

[3]) § 1577 Abs. 1 wendet sich dem Wortlaute nach gegen die Verpflichtung zum Ersatze des Unterhaltes einer Person für die Zeit nach ihrem Tode. Erst die Motive (IV S. 911) geben die Aufklärung, damit aber auch den Beweis, daß die Fassung unhaltbar ist. Die Fassung: „bis zur Dauer von 6 Wochen" in Satz 1 dürfte den Schlußsatz entbehrlich machen. Analoge Kuriosa in den §§ 1557, 1501, 1762, 1440, 1704, 1735, 1745, 1611. Vergl. Goldschmidt S. 117, 174 ff.

[4]) Vergl. §§ 397, 407, 411, 571, 579 B. G.

[5]) S. o. § 8 S. 83.

Hier wäre positiv zu bestimmen, daß die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung beginnt.

Ebenso müßten für die dinglichen Rechte besondere Bestimmungen gegeben werden, wenn sie im Ganzen der Verjährung unterworfen werden sollen.

Bei der Unterbrechung[1]) der Verjährung (§§ 169 bis 180) würde ich zunächst die Fälle der Unterbrechung durch Theilzahlung, Pfand und Bürgschaft nicht unter die Anerkennung stellen. Es liegt darin etwas Fiktives, und es besteht dafür keine Veranlassung. Es wäre also statt „insbesondere" „ferner" zu sagen. Im Uebrigen muß der Paragraph auch bei Fällen Anwendung finden, in denen es sich nicht um Ansprüche oder Forderungen handelt. Er wäre also auf Berechtigungen abzustellen.

Eine klare Unterscheidung zwischen Forderungen (Ansprüchen) und anderen Gegenständen erfordert zugleich eine Aenderung des § 170 zu Anfang: „Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruches Klage erhebt."

Die C. P. O., auf welche die Motive[2]) dabei Bezug nehmen, spricht überall von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht von Feststellung eines Anspruches.[3])

Für den Fall der Verjährung, an welchen das B. G. zunächst denkt, die Verjährung von präsenten vollkommenen Forderungen, kann nur von der Leistungsklage die Rede sein. Hier ist also die Erwähnung der Feststellungsklage kaum vonnöthen. Dagegen paßt die Vorschrift, so wie sie gefaßt ist, nicht auf die anderen Fälle der Verjährung, in denen es sich nicht um Forderungen handelt. Hier muß jedenfalls die Feststellungsklage als Unterbrechungsmittel zugelassen werden, aber nicht die Klage auf die Feststellung eines „Anspruches", sondern die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses.

Im Uebrigen würde zu erwägen sein, ob die Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsverfolgung nicht einfacher und ohne einen so speziellen Anschluß an das formelle Recht gestaltet werden könnte. Würde nicht durch eine allgemeine Bestimmung, dahin gehend, daß durch

---

[1]) Gegen den Ausdruck Hölder S. 146.

[2]) I S. 327.

[3]) Vergl. §§ 231, 253 C. P. O. § 254 darf darin nicht irre führen. Der dort gemeinte „Anspruch" ist in der Anwendung auf § 253 der prozessualische Anspruch oder das Begehren auf Feststellung des Verhältnisses, nicht ein festzustellender privatrechtlicher Anspruch. — Anders verhält es sich mit der „Feststellung" von Forderungen nach § 134 K. O.

jede, auf Geltendmachung des Rechtes vor der zur Feststellung zuständigen Behörde oder Schiedsgericht gerichtete, Handlung die Verjährung unterbrochen wird, die Spezialisirung dieser Geltendmachung in Klageerhebung, Zustellung des Zahlungsbefehles, Anmeldung im Konkurse, Geltendmachung vor dem Schiedsgerichte, besonderen Gerichte, Verwaltungsgerichte, Verwaltungsbehörde,[1] Anrufung einer Vorentscheidung[2]) vermieden werden?

Dann bedarf es auch der Vorschriften über Dauer der Unterbrechung[3]) nicht. Jede weitere Handlung unterbricht von Neuem, es beginnt aber sofort eine neue Verjährung.

Endlich wäre zu prüfen, ob nicht auch auf das Wiedererlöschen der Unterbrechung[4]) verzichtet werden könnte. Man hätte dann den Standpunkt einzunehmen, daß, wenn die Handlung an und für sich geeignet war, eine Unterbrechung herbeizuführen, für die Folge nur vom Beginne einer neuen Verjährung die Rede sein kann.

Die so erzielte größere Einfachheit und Durchsichtigkeit würde auch der Unterbrechung der Ersitzung zu Gute kommen, auf welche nach § 887 ein großer Theil dieser Normen Anwendung finden soll.

Eine besondere Bemerkung muß sich außerdem an das in § 171 B. G. gebrauchte Wort „Prozeßvoraussetzung" anknüpfen. An sich kann es nur erfreulich sein, wenn Bülows bahnbrechende Schrift „Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen" endlich den ihr gebührenden Einfluß auf die Gesetzgebung bekommt, den sie, obwohl schon 1868 erschienen, auf die 1877 Gesetz gewordene C. P. O. nicht zu gewinnen vermochte. Vor Allem sollte man nun Veranlassung nehmen, die Mißverständnisse, welche die ältere Lehre in Bezug auf die sog. prozeßhindernden Einreden im Gefolge gehabt hat,[5]) aus der C. P. O. zu entfernen, und danach insbesondere die §§ 247 ff. C. P. O. einer entsprechenden Umarbeitung zu unterziehen.

Eine andere Frage ist es aber, ob der Ausdruck Prozeßvoraussetzungen, so wie es geschehen, in das B. G. zu übernehmen und damit

---

[1]) Der Fall der Anrufung einer unzuständigen Behörde könnte vielleicht als Fall der Hemmung auf 1 Jahr normirt werden. Vergl. Hölder S. 147. Außerdem wäre, wie schon von anderer Seite bemerkt ist, zu erwägen, ob nicht dasselbe auch bezüglich anderer prozessualischer Verstöße zu bestimmen wäre.

[2]) §§ 170 Abs. 1, Abs. 2 Z. 1 u. 2, 179, 180.

[3]) §§ 174, 175, 176 Abs. 1, 176 Abs. 3. Damit würde auch die wenig schöne Bestimmung des § 178 entbehrlich.

[4]) §§ 171, 172, 173, 176 Abs. 2.

[5]) S. o. § 1 S. 4.

ganz beiläufig die Bülowsche Theorie gesetzlich zu sanktioniren ist. Dem Ausdrucke „Prozeßvoraussetzungen" liegt eine ganz bestimmte Vorstellung über das Wesen des Prozesses zu Grunde, nämlich die, daß mit dem Beginne eines Prozesses ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen den Parteien und dem Gerichte entstehe, und daß das Vorhandensein jener Voraussetzungen die Vorbedingung für die Entstehung dieses Rechtsverhältnisses sei. Selbst wenn diese Theorie unzweifelhaft richtig wäre, würde es nicht erforderlich sein, dieselbe direkt in das Gesetz zu übernehmen, am wenigsten an dieser Stelle, an der auf das Prozeßrechtsverhältniß und dessen Begründung nichts ankommt. Es ist aber im Weiteren zu berücksichtigen, daß nicht nur über Umfang und Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses tiefgehende Meinungsverschiedenheiten bestehen,[1]) sondern daß überhaupt bestritten wird, daß die Annahme eines solchen Prozeßrechtsverhältnisses für den Prozeß der Gegenwart nothwendig oder förderlich ist.[2])

Worüber, und zwar wesentlich auf der Grundlage Bülowscher Forschung, Einigkeit besteht und worauf es für den § 171 B. G. allein ankommt, ist, daß es Gründe gibt, aus denen das mit einem Prozesse befaßte Gericht die Sachentscheidung abzulehnen, absolutio ab instantia auszusprechen hat.[3]) Man könnte solche Gründe wegen dieser Funktion etwa Urtheilsvoraussetzungen nennen. Die Frage, ob sie mit den Prozeßvoraussetzungen, d. h. den Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses, identisch sind, ob sie im Weiteren nur auf prozessualischer oder, wie die Einrede des Schiedsvertrages, auch auf privatrechtlicher Grundlage beruhen können,[4]) ist dabei ganz unerheblich. Warum also diese Dinge mit einander vermengen? Die Motive sagen:[5]) „gemeint sind alle Verstöße gegen Prozeßregeln, welche es zu einer sachlichen Entscheidung nicht kommen lassen". Das ist bis auf den Zusatz „gegen Prozeßregeln" ganz richtig. Die dabei gegebene Prophezeiung aber, daß der dafür gewählte Ausdruck „wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung" keinem Mißverständnisse begegnen werde, wird ganz gewiß nicht zutreffen.[6])

[1]) Vergl. Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß.

[2]) Vergl. Zeitschr. S. 429 f. u. 425.

[3]) pr. P. S. 712 ff.

[4]) pr. P. S. 745, Zeitschr. S. 412.

[5]) I S. 330.

[6]) Es scheint, als wenn die Motive selbst späterhin (I S. 376) die Prozeßvoraussetzungen mit den sechs prozeßhindernden Einreden des § 247 C. P. O. identifiziren, und das wäre ein recht erhebliches Mißverständniß. Vergl. oben § 8 S. 99 A. 1.

Der Ausdruck „wenn die Sachentscheidung abgelehnt wird" ist völlig unzweideutig und harmlos und kann deshalb eventuell den Satz „wenn die Klage mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird" ersetzen.

Bei den Forderungen und anderen Berechtigungen, welche nicht der eigentlichen Verjährung, sondern einer Präklusivfrist unterliegen, ist der Beginn im Einzelnen festgesetzt. Auch hier werden entweder rein objektive Momente gewählt, oder es wird der Beginn von der Kenntniß des Berechtigten abhängig gemacht.[1])

Auf diese Fälle finden die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung ohne Weiteres keine Anwendung. In zahlreichen Fällen ist aber bei der Präklusion eine Hemmung vorgesehen, sei es durch Spezialregelung, sei es durch eine theilweise Heranziehung des Verjährungsrechtes.[2])

Für die Anwendung der Sätze von der Unterbrechung der Verjährung ist hier kein Raum. Es handelt sich hier um Wahrung der Frist durch Geltendmachung, nicht um Unterbrechung.

Gierke[3]) nennt die Verjährung des B. G. „ein gekünsteltes und in sich widerspruchsvolles System, auf welches der Gesetzgeber schwerlich verfallen wäre, wenn es nicht von Windscheid als gemeines Pandektenrecht vorgetragen würde".

Höflicher ist der sächsische Rechtsanwalt Lehmann.[4]) Nach ihm ist „die Lehre von der Anspruchsverjährung in dem Entwurfe so vorzüglich gearbeitet, daß der Kritik nur wenig zu sagen bleibt".

Zur Verminderung von Prozessen wird freilich dieser Abschnitt wenig beitragen.

2. Rechtskraft.

§ 11.

Die Motive (I S. 369) haben bei der Lehre von der Rechtskraft den richtigen Ausgangspunkt genommen. Es handelt sich nicht um eine Wahrheitsfiktion, sondern um die, im Interesse der Rechtssicherheit nothwendige, Autorität des richterlichen Urtheiles. Nicht so ungetheiltes Lob verdient aber die Normirung im Einzelnen.

Die §§ 293 C. P. O. (in der durch Art. 11 E. G. abgeänderten Fassung) und 191 B. G. sollen, sich gegenseitig ergänzend, die Wirkung

---

[1]) Vergl. §§ 922, 824, 979, 1447, 1453 mit §§ 1264, 1473, 1785, 1948, 2040, 2046, 2097.

[2]) Vergl. §§ 694, 1786, 1926, 104 Abs. 3, 1264 Abs. 2, 1447 Abs. 3, 1473 Abs. 2, 1478, 1785 Abs. 3, 1948 Abs. 5, 2030 Abs. 2, 2040 Abs. 6, 2041, 2100.

[3]) S. 1258.

[4]) Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 97.

des Urtheiles nach ihrer sachlichen Seite regeln. Dieser Zweck wird aber nur sehr unvollkommen erreicht. Würde man § 191 genau nach dem Wortsinne verstehen, so würde der Satz „das rechtskräftige Zuerkannte kann nicht mehr bestritten werden" die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 541 ff. C. P. O. und die Geltendmachung von „Einwendungen" nach § 686 C. P. O. ausschließen, während der Satz „das rechtskräftig Aberkannte kann nicht mehr geltend gemacht werden" für zwei extreme Ansichten verwendet werden kann, nämlich sowohl für die, daß das „abweisende Urtheil" nur dann Wirkung habe, wenn das Begehren aberkannt, d. h. positiv als nicht bestehend festgestellt werde, als auch für die, daß jedes sachlich abweisende Urtheil, also, wie nach klassischem römischen Rechte, auch das auf Grund dilatorischer Einwendungen ergangene der ferneren Geltendmachung entgegensteht. Und wenn nun auch hinsichtlich des ersten Punktes die Motive (I S. 368), welche auch hier das Gesetz ergänzen, das Gegentheil feststellen, und auch hinsichtlich des zweiten Satzes die Hoffnung bestehen bleibt, daß in Folge des praktischen Sinnes der Richter keine jener Ansichten die Herrschaft gewinnen wird, so bleibt doch jedenfalls gegen die Bestimmung der Vorwurf bestehen, daß sie nichtssagend ist.

§ 293 C. P. O. neuer Fassung und § 191 B. G. sind in keiner Weise geeignet, die bestehenden zahlreichen und wichtigen Streitfragen über die Wirkungen der Rechtskraft zu beseitigen. Alle diese Kontroversen werden zu neuem Leben erstehen.

Zunächst die Frage nach dem Umfange der Rechtskraft. § 293 Abs. 1 wollte, was auch de lege ferenda durchaus zu billigen ist, diese Frage gegen Savigny dahin entscheiden, daß nur die Hauptentscheidung selbst in Rechtskraft übergeht, während ihre logischen Voraussetzungen und ihre logischen Konsequenzen nicht in dieser Weise festgestellt werden.

Unentschieden bleibt die, nur durch positive Entscheidung sicher zu lösende, Streitfrage, ob die Rechtskraft äußerlich auf die Entscheidungsformel beschränkt bleibt. Durch Einschaltung der Worte „in die Entscheidungsformel" in § 293 Abs. 1 könnte dieselbe abgeschnitten werden. Unentschieden, oder doch nicht mit zweifelloser Deutlichkeit entschieden, ist ferner die praktisch so überaus wichtige Frage, ob die Abweisung einer Theilforderung den rechtskräftigen Verlust der ganzen Forderung immer oder wenigstens dann nach sich ziehe, wenn der Theil nicht „individualisirt" war. Ich glaube allerdings — mit dem Reichsgericht —, daß das Gesetz die Frage verneinend entschieden hat.[1]) Da aber die angesehensten Prozessualisten und Civilisten, u. A. L. Seuffert, Zitelmann, Wach,

[1]) Vergl. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 70 S. 341.

Windscheid, das Entgegengesetzte aus dem Gesetze herauslesen, so besteht keine Hoffnung, daß die Frage anders als durch gesetzliche Bestimmung erledigt werden wird.

Dieser Frage näher zu treten war um so mehr Veranlassung gegeben, als dieselbe in dem abgeänderten § 293 Abs. 2 insofern wiederkehrt, als es streitig ist, ob die Abweisung des zur Kompensation gestellten Theiles einer Forderung die ganze Forderung ergreift. Diese Streitfrage ist durch die neue Fassung des Absatzes in keiner Weise der Lösung näher geführt.

Würde der Abs. 2 in zwei Absätze getheilt, und etwa so gefaßt:

> „Die Abweisung einer Theilforderung steht der Geltendmachung des überschießenden Betrages der Forderung in keinem Falle entgegen.
>
> In dem gleichen Umfange ist die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung der Rechtskraft fähig."

so wäre ohne erhebliche Vermehrung der Worte die Beseitigung der Streitfrage erreicht, und damit der Zukunft viele nutzlose Arbeit erspart.

Prinzipiell wichtiger sind die Streitfragen, deren Lösung man von § 191 Abs. 1 erwarten mußte. Vorzugsweise handelt es sich auch hier um die Wirkung des abweisenden Urtheiles. Daß Urtheile, welche eine Sachentscheidung ablehnen, der Rechtskraft entbehren, wie die Motive (I S. 376) hervorheben, ist freilich unzweifelhaft. Zweifelhafter bleibt schon die Bedeutung der aus dilatorischen Gründen abweisenden Urtheile, von denen die Motive nicht sprechen. Ganz unentschieden bleibt aber die praktisch wichtige und auch nach dem geltenden Rechte zur einhelligen Lösung nicht gebrachte Frage, ob auch Abweisungen, welche wegen mangelnder Behauptung oder Beweisung der klagbegründenden Thatsachen ergehen, die etwa vorhandene Forderung beseitigen, oder ob, wie vielfach angenommen wird, die Abweisung wegen mangelnder Substantiirung nur die Bedeutung einer Abweisung in der angebrachten Art hat, so daß eine Wiederholung des Prozesses mit besserer Begründung möglich bleibt, eine Ansicht, welche auch heute noch u. a. in Wach, Dernburg und Planck Vertreter findet.[1])

Die Römer hatten in ihrem Konsumtionsprinzip bez. in dem ne bis de eadem re sit actio eine zwar höchst formalistische, aber sichere Regel, nach welcher die Wirkung des sachlich abweisenden Urtheiles in allen Fällen dieselbe sein mußte, nämlich Verlust der actio. Nachdem dieses römische Prinzip — und zwar mit vollem Rechte — aufgegeben ist,

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 731.

fehlt es an jedem sicheren Anhalte. Denn das darf man sich nicht verhehlen, daß der Rechtsverlust keine nothwendige logische Konsequenz jedes abweisenden Urtheiles ist. Denn das sachlich abweisende Urtheil beruht seinem logischen Wesen nach nicht, oder doch jedenfalls nicht nothwendig, auf der Konklusion, daß das Begehren als ein unrechtmäßiges sich herausgestellt hat, sondern nur auf der Erwägung, daß dasselbe nach Lage der Sache als ein begründetes nicht zu erkennen gewesen ist.[1])

Besonders empfindlich macht sich dieser Mangel einer genaueren Normirung oder eines sicheren Prinzipes bemerkbar bei der Frage nach der Rechtskraft der Abweisung einer sog. Feststellungsklage. Steht die Abweisung der negativen Feststellungsklage der positiven Feststellung gleich und umgekehrt? Die Frage ist aus dem geltenden Rechte mit einiger Sicherheit gar nicht zu beantworten, daher das Schwanken nicht nur der Doktrin, sondern auch der Praxis des Reichsgerichtes.[2]) Daß § 192 Abs. 2 in seiner jetzigen Fassung zur Lösung derselben nicht das Geringste beiträgt, wird Niemand bestreiten.[3]) Ist es also nicht möglich, dem § 191 Abs. 1 einen fruchtbareren Inhalt zu geben, so möge man ihn ruhig streichen. Positiv geht dadurch nichts verloren. Es werden aber mögliche Mißverständnisse vermieden.[4])

Wie die Motive[5]) zugestehen, ist hinsichtlich des Erfordernisses der eadem quaestio aus dem Gesetzbuche nichts zu entnehmen. Die Uebereinstimmung zu ermitteln sei Aufgabe „der Rechtslogik". Woher dieselbe ihren Stoff nehmen soll, da das Gesetzbuch und sein „Geist" schweigen, das Gewohnheitsrecht aber abgeschafft ist, bleibt dunkel.[6])

---

1) Vergl. pr. P. S. 731.

2) Vergl. die Urth. v. 11. Febr. 1882 (Entsch. 6, S. 386) und v. 29. Febr. 1884 (Jur. Wochenschrift, S. 114).

3) Zweifelhaft bleibt auch, ob, wie Wach, Feststellungsanspruch, S. 25, will, die Entscheidung über das Interesse bei der Feststellungsklage materieller Rechtskraft fähig ist.

4) Vergl. Goldschmidt, S. 81.

5) I S. 374.

6) Die Logik kann m. E. zunächst nur die Antwort geben, daß die Identität aufgehoben ist, sobald auch nur ein Merkmal, und sei es das geringste, fehlt oder verändert ist. Sie wird aber hinzufügen, daß für bestimmte Zwecke von dem Vorhandensein gewisser Identitätsmängel abgesehen werden kann, wenn dieselben eben für den betreffenden Zweck ganz irrelevant sind. Damit hat aber m. E. die Logik das Ihrige gethan. Das Weitere ist bei der konkreten Entscheidung aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen, und zwar vorwiegend mit Gründen der Zweckmäßigkeit und mit Hülfe der Anschauungen und Erfahrungen des Lebens.

Und damit kann den mit diesem Erfordernisse in Zusammenhang stehenden Streitfragen: Einfluß einer Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, Einfluß einer Aenderung des Thatbestandes bei Obligationen, bei sachenrechtlichen Verhältnissen mit oder ohne Beschränkung auf einen bestimmten Erwerbsgrund, ihre Fortdauer mit Sicherheit verbürgt werden.

Die schwersten Bedenken bestehen endlich gegen § 191 Abs. 2, welcher die Einredenatur der Rechtskraft zur Geltung bringt: „Das Gericht darf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird". Sollte damit nur das gesagt sein, was sich aus der Verhandlungsmaxime prozessualisch von selbst ergibt, nämlich daß der Richter den Umstand, daß über ein Begehren bereits rechtskräftig erkannt ist, wie alle anderen Thatsachen nur dann seiner Kognition zu Grunde zu legen hat, wenn derselbe von den Parteien behauptet und bewiesen wird, so wäre der Satz unschädlich, aber dennoch zu streichen, weil er ganz überflüssig wäre. Aus den Motiven (I S. 372) ergibt sich aber, daß damit mehr erfordert sein soll, daß eine Willenserklärung der Partei nöthig ist, um die Rechtskraft dem Gegner gegenüber privatrechtlich wirksam zu machen. So glaube ich wenigstens die mir nicht ganz klar gewordenen Ausführungen deshalb verstehen zu müssen, weil sonst die in den Motiven betonte Verbindung dieser Sätze mit dem anderen Satze, daß auf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles verzichtet werden kann, nicht erklärlich wäre. Für beide Sätze, Zulässigkeit des Verzichtes auf die Wirkungen der Rechtskraft als solche, wie Nothwendigkeit einer Willenserklärung, um dieselben in Kraft zu setzen, besteht, ganz abgesehen davon, daß sie auf Rechtsverhältnisse, welche der Verfügung der Betheiligten nicht unterworfen sind, keinesfalls Anwendung finden können, nicht das geringste praktische Bedürfniß, ebensowenig wie etwa für die, vom Entwurfe mit Recht nicht anerkannte, Zulässigkeit des Verzichtes auf die Wirkungen eines Erlaßvertrages. Nur das ist nothwendig, daß auch nach der Rechtskraft Verträge, insbesondere Vergleiche, geschlossen, und dabei rechtskräftige Feststellungen, sofern sie der Verfügung der Betheiligten unterliegen, geändert werden können. Dafür ist aber schon anderweit gesorgt. Die vom Entwurfe in das Feld geführten doktrinären Erwägungen sind für den, welcher sich über die hier in Betracht kommenden Grundbegriffe im Klaren befindet, einer Widerlegung nicht bedürftig. Nur daran mag dieser Art von Gründen gegenüber erinnert werden, daß ihr historischer Ausgangspunkt ganz unrichtig ist, daß, wie schon oben bemerkt wurde,[1]) die Römer der klassischen Zeit die res iudicata je nach der Art des Verfahrens bald schon ipso iure, bald nur

[1]) S. o. § 9 S. 96.

ope exceptionis berücksichtigten. Mit Recht erklären sich die Motive gegen das Zurückbleiben einer Naturalobligation (I S. 370). Warum denn etwas schaffen, was doch sehr nahe daran grenzt?

Es ist dringend nothwendig, daß § 191 Abs. 2 gänzlich gestrichen wird. Dann ist die Einrede der Rechtskraft als Einrede im engeren Sinne glücklich beseitigt. Sie ist dem preußischen, französischen und, richtiger Ansicht nach, auch dem gemeinen Rechte unbekannt, und hat daher nicht den geringsten Anspruch auf Anerkennung.[1])

Schlußwort.

§ 12.

Die gegebenen Ausführungen haben sich auf das ihnen zugewiesene besondere Gebiet beschränkt und ein Gesammturtheil über den Entwurf vermieden. Gleichwohl dürfte aus denselben hervorgehen, daß ihnen der Gedanke zu Grunde liegt, daß eine baldige Kodifikation des Privatrechtes im Deutschen Reich nothwendig ist, und daß der vorliegende Entwurf den Ausgangspunkt für die weitere Arbeit bilden muß; denn sonst wären die gemachten positiven Abänderungsvorschläge überflüssig. Eine völlige Verwerfung des Entwurfes würde dem Scheitern des Werkes ziemlich gleich stehen. Auch darf es bei der Frage nach der Annahme oder Ablehnung schließlich nicht den Ausschlag geben, ob man mehr oder weniger erhebliche Einwendungen gegen Form und Inhalt zu machen hat. Jeden voll und ganz zu befriedigen, das vermag auch die beste Arbeit nicht.

Es wird räthlich sein, an diese Anschauung sich zu gewöhnen, um sie auch dann noch festzuhalten, wenn das Gesetzbuch in Kraft getreten sein wird. Denn die Erfahrung lehrt, daß, so lange ein Gesetzbuch im Werden begriffen ist, eine Menge Juristen und Laien sich finden, die in nervöser Hast, ohne genauere Kenntniß und Kritik, der baldigen Einführung unter allen Umständen das Wort reden, daß aber mit dem Augenblicke der Einführung des Gesetzes diese patriotische Regung in ein Wehklagen über die nunmehr praktisch gewordenen Schwierigkeiten und Unbequemlichkeiten, welche jedes neue Gesetz im Gefolge hat, umschlägt. Auch bezüglich der mit der größten Begeisterung aufgenommenen Reichsjustizgesetze hat man diese Beobachtung machen können.

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder S. 153. Vergl. Gierke S. 1263.

Aber der Entwurf soll nur die Grundlage bilden. Nothwendig ist eine ganz gründliche, ungestörte und nicht überhastete Durcharbeitung des Ganzen.

Vierhaus[1]) hält es für verfehlt, dem vollendeten Werke gegenüber noch an der Zeit der Herstellung zu „mäkeln". Aber das darf doch, nicht um zu mäkeln, sondern um ein Postulat zu begründen, gesagt werden: Wäre die Kommission früher mit ihren Ergebnissen an die Oeffentlichkeit getreten, hätte sie sich nicht dreizehn Jahre lang in das Gewand undurchdringlichen Geheimnisses gehüllt, so wäre es allerdings möglich gewesen, schon weit früher auf die verfehlte Methode der Kommission hinzuweisen, welche sich von vornherein unter die Herrschaft des Pandektenkompendiums gestellt hatte, und deshalb einerseits über jeden juristischen Zwirnsfaden stolpern mußte, andererseits aber den Anforderungen des Lebens und des nationalen Rechtsbewußtseins nicht gerecht werden konnte. Dann hätte viel Zeit gewonnen werden können, und es wäre der üble Eindruck vermieden, den der Entwurf durch das karrikirt Kathederhafte, welches uns auf Schritt und Tritt, sogar schon in den Ueberschriften, entgegentritt bei jedem Juristen von Geschmack, namentlich bei dem Rechtslehrer, erwecken mußte. Der Zeitverlust ist nun freilich nicht ungeschehen zu machen. Aber man wird fordern dürfen, daß die lange Zeit, welche zur Fertigstellung des ersten Entwurfes gebraucht ist, nicht als Waffe benutzt wird, um einer gründlichen Durcharbeitung und einer Abstellung der, zum Theil nur in Folge der langjährigen Geheimhaltung, vorhandenen Mängel entgegenzutreten. Alles nervöse Drängen ist zu vermeiden, jede dadurch verursachte Ueberstürzung würde sich bei einem Werke, welches für die Jahrhunderte bestimmt ist, furchtbar rächen.

Für die zweite Lesung würden Hülfskräfte vielleicht in noch größerer Zahl und namentlich in noch größerer Mannigfaltigkeit als bei der ersten Lesung herangezogen werden können. Namentlich würde es zu empfehlen sein, die einzelnen Abschnitte gleich nach ihrer Fertigstellung den Vertretungen der verschiedenen Berufskreise zur alsbaldigen inhaltlichen Prüfung vorzulegen. Bezüglich des jetzigen Entwurfes ist die Begutachtung von Seiten der Nichtjuristen durch die Fassung sehr erschwert. Dagegen würde die Schlußredaktion, und zwar sowohl die Entscheidung über den Inhalt wie die über die Form, einer Person oder höchstens zweien zu übertragen sein. Mit Majoritätsbeschlüssen läßt sich ein einheitliches Gesetzeswerk nicht herstellen. Die großartige Arbeit der preußischen Gesetzeskodifikation am Ende des vorigen Jahrhunderts

[1]) Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes, S. 73.

konnte nur deshalb in so verhältnißmäßig kurzer Zeit erledigt werden, weil die schließliche Redaktion allein in die Hand des (zu Beginn der Arbeit 34 Jahre zählenden) Svarez lag, und die Entscheidung durch den Großkanzler von Carmer allein gegeben werden konnte. Auch die deutsche Civilprozeßordnung verdankt die Gestalt, welche man, da es sich späterhin nur um Abänderungen in Einzelheiten gehandelt hat, wohl als Schlußredaktion bezeichnen kann, der Einzelarbeit des Justizministers Leonhardt, welcher sich überzeugt hatte, daß die vorhandenen kommissarisch hergestellten Entwürfe nicht aus einem Gusse gearbeitet waren. Auch die vorzügliche Konkursordnung ist im Wesentlichen das Werk eines Mannes. Es hätte das zugleich den Vortheil, daß eine bestimmte Persönlichkeit vorhanden wäre, welche mit der moralischen Verantwortung für den ganzen Entwurf auch seine Vertretung vor Bundesrath und Reichstag zu übernehmen hätte. Und dann möge sich die neue Ausarbeitung auf das beschränken, was sie geben soll, auf das Gesetzbuch. Man veröffentliche später die gesammten Materialien der Gesetzgebungsarbeit[1]), verzichte aber darauf, dem Entwurfe einen von fremder oder eigener Hand gearbeiteten Extrakt als Motive beizugeben. Durch solche Motive wird sowohl die unbefangene Anwendung des Gesetzbuches selbst, als eine wahrhaft wissenschaftliche Behandlung desselben auf das Aeußerste erschwert.

Die jetzt vorliegenden abgekürzten Motive werden durch die Herstellung des umgearbeiteten Entwurfes einen großen Theil ihrer Schädlichkeit verlieren, da sie dann kaum noch im Einzelnen zu den Gesetzbuchsparagraphen passen werden.

Nebenher möge noch auf einen Punkt hingewiesen werden, bezüglich dessen schon jetzt die Vorarbeiten beginnen könnten.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches müssen die in Deutschland geltenden partikularrechtlichen Kodifikationen im Ganzen verschwinden. Es muß also namentlich die gesammte preußische Kodi-

---

[1]) Die in den Motiven zu den Theilentwürfen enthaltenen ausführlichen Zusammenstellungen über das gegenwärtig in den verschiedenen Theilen Deutschlands geltende Recht (vom Auslande sind, abgesehen vom code civil, meistens nur Oesterreich und die Schweiz berücksichtigt) mit Angabe der Streitfragen und der hauptsächlichsten Literatur sind ohne Zweifel sehr werthvoll. Als Vorarbeiten für die Gesetzgebung haben sie jedoch den großen Mangel, daß sie die geschichtliche Entwickelung und den Zusammenhang der Normen mit den Kulturverhältnissen ihrer Entstehungszeit nicht zur Erscheinung bringen. In dieser Beziehung hätten Arbeiten von Fachmännern über die wichtigeren Punkte der Kommission bessere Dienste geleistet, als diese fleißigen Sammlungen.

fikation, Allgemeines Landrecht und Allgemeine Gerichtsordnung, aufgehoben werden. Ebenso muß die Gesetzgebung Napoleons bis auf den letzten Buchstaben beseitigt werden. Wenn es auch nach der Kodifikation nicht nur für den Richter, sondern für jeden, der die Gesetze zu beobachten, anzuwenden oder zu lehren hat, nothwendig bleibt, bezüglich jedes Paragraphen früherer Kodifikationen fortdauernd zu prüfen, ob derselbe noch in Kraft geblieben ist, dann wäre keine größere Einfachheit und Klarheit des Rechtszustandes, sondern lediglich Häufung des Rechtsstoffes und Vermehrung unerquicklicher Arbeit erzielt. Man kann sich in der That nichts Unerfreulicheres denken, als die Torsoausgaben von älteren Gesetzeswerken, welche dann nothgedrungen hergestellt werden müssen, und von denen die neueren Ausgaben der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung ein abschreckendes Beispiel geben. Man ist es den großen Gesetzgebungswerken früherer Zeit schuldig, sie im Ganzen aufzuheben und vor dem Fortbestehen in einzelnen traurigen Resten zu bewahren. Man pflegt das Unterlassen der im Interesse der Sicherheit der Rechtsanwendung ganz unerläßlichen ausdrücklichen Aufhebung älterer Kodifikationen meistens damit zu entschuldigen, daß sich in der Eile nicht übersehen lasse, was noch in Geltung bleiben müsse oder nicht. Deshalb sollten schon jetzt, da es noch Zeit ist, die deutschen Einzelstaaten Veranstaltungen treffen, daß die Kodifikationen nach dieser Richtung geprüft werden. Namentlich würde es für die Aufhebung des preußischen Landrechtes im Ganzen erforderlich sein, daß aus den Titeln 9 bis 17 des zweiten Theiles eine besondere Kodifikation hergestellt würde, welche, wenn sich sonst Schwierigkeiten ergeben sollten, einen rein formellen Charakter tragen könnte.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstr. 32.

Druck von Leonhard Simion, Berlin SW.